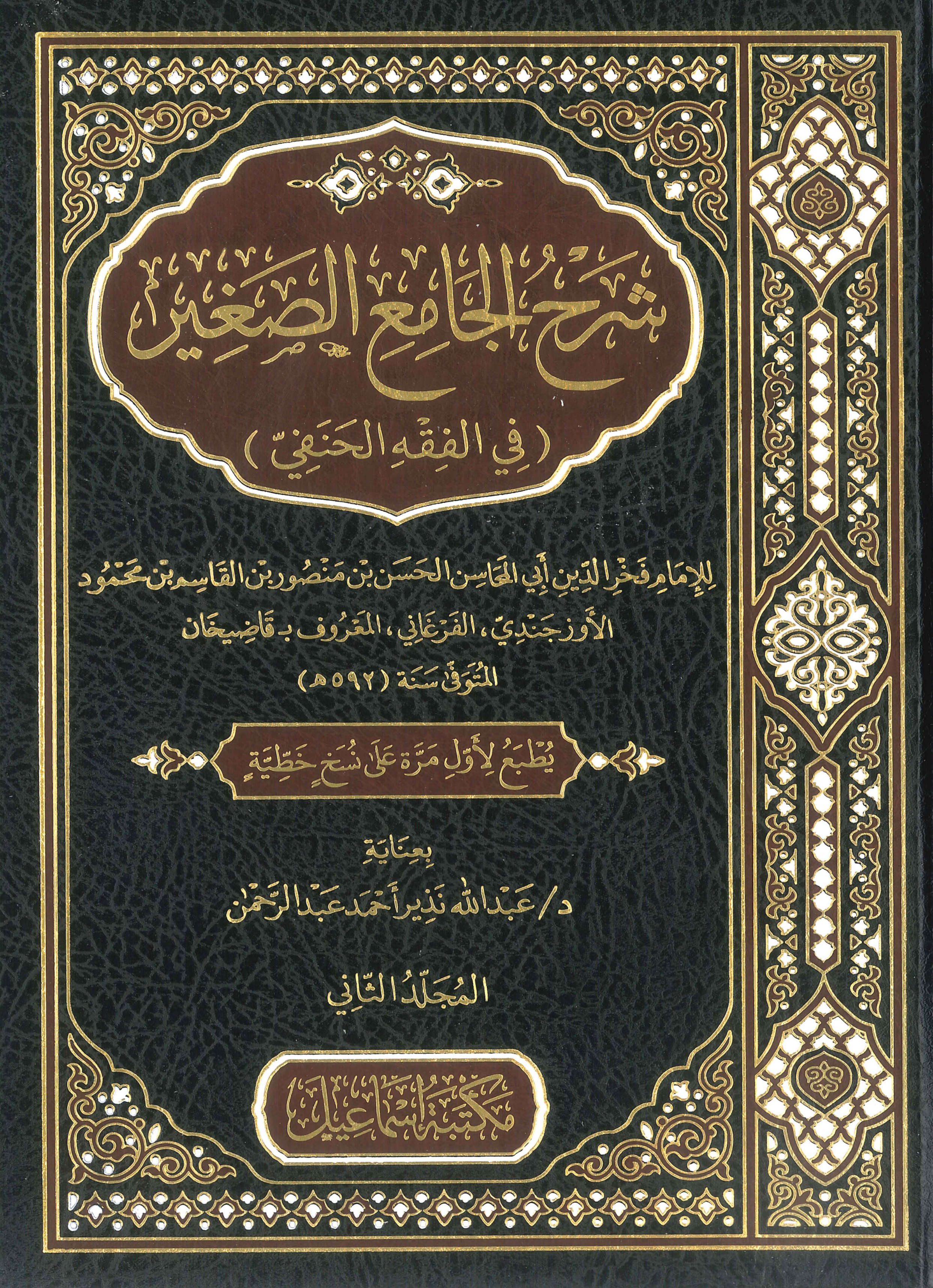
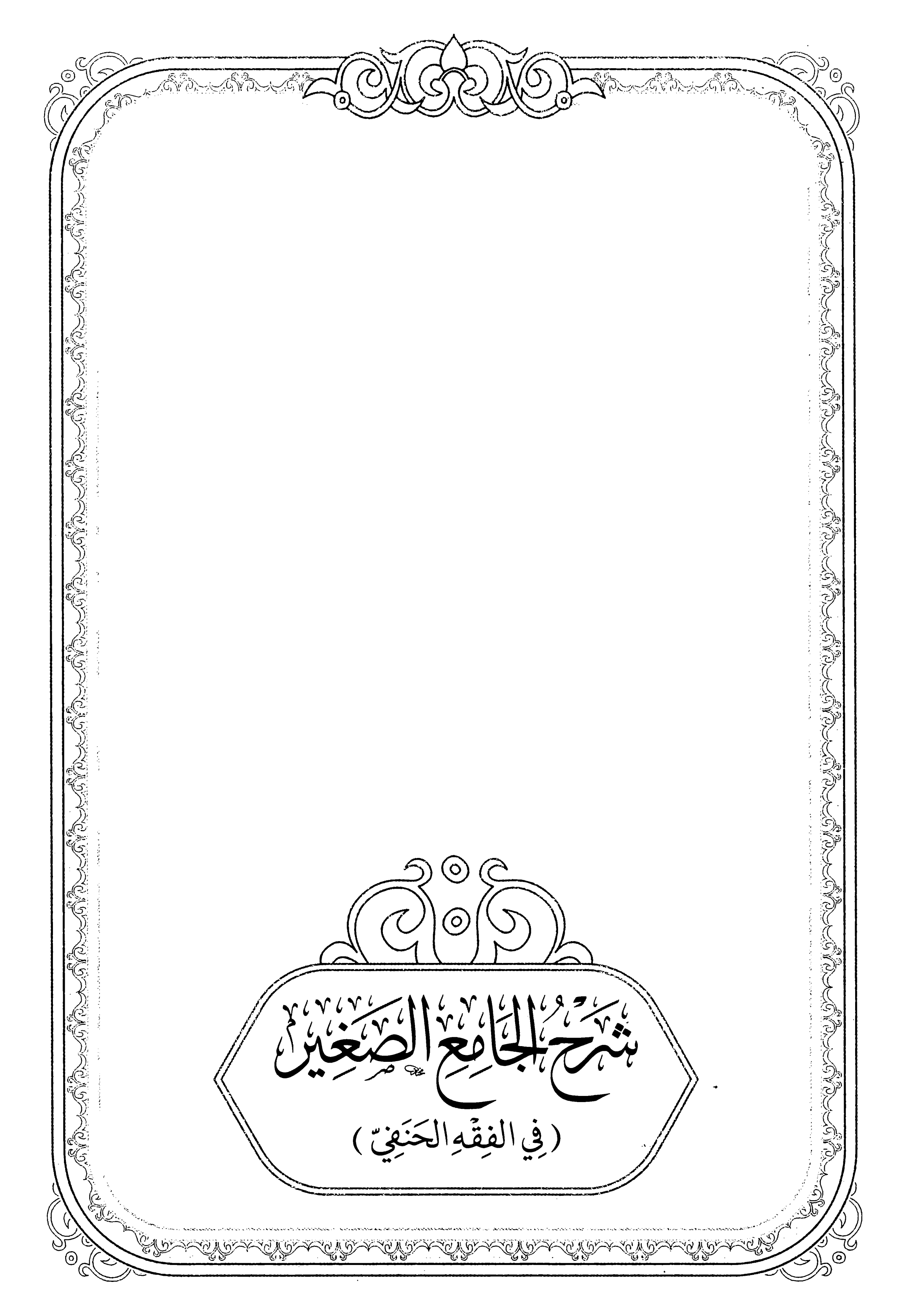


شرح الجامع الصغير
(في الفقه الحنفي)
للإمام فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور بن القاسم بن محمود
الأوزجندي، الفرغاني، المعروف بـ قاضيخان
المتوفى سنة (٥٩٢هـ)
يطبع لأول مرة على نسخ خطية
بعناية
د/ عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
المجلد الثاني
مكتبة إسماعيل


شرح الجامع الصغير
(في الفقه الحنفي)



مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع
- بريطانيا -

عنوان الكتاب: شرح الجامع الصغير (في الفقه الحنفي)

تأليف: فخر الدين أبي المحاسن المعروف ب قاضيخان

عدد المجلدات: ثلاث مجلدات

ISBN : 978-1-915350-07-7

قياس الكتاب: ١٧×٢٤

الطبعة الأولى

١٤٤٣هـ / ٢٠٢٢م

+44 7557 668690 www.ismaeelbooks.com
Ismaeelbooks@hotmail.com
Ismaeelbooksuk Ismaeelbooks



(في الفقه الحنفي)

للإمام فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور بن القاسم بن محمود الأوزجندي، الفرغاني، المعروف بـ قاضيخان المتوفى سنة (٥٩٢ هـ)

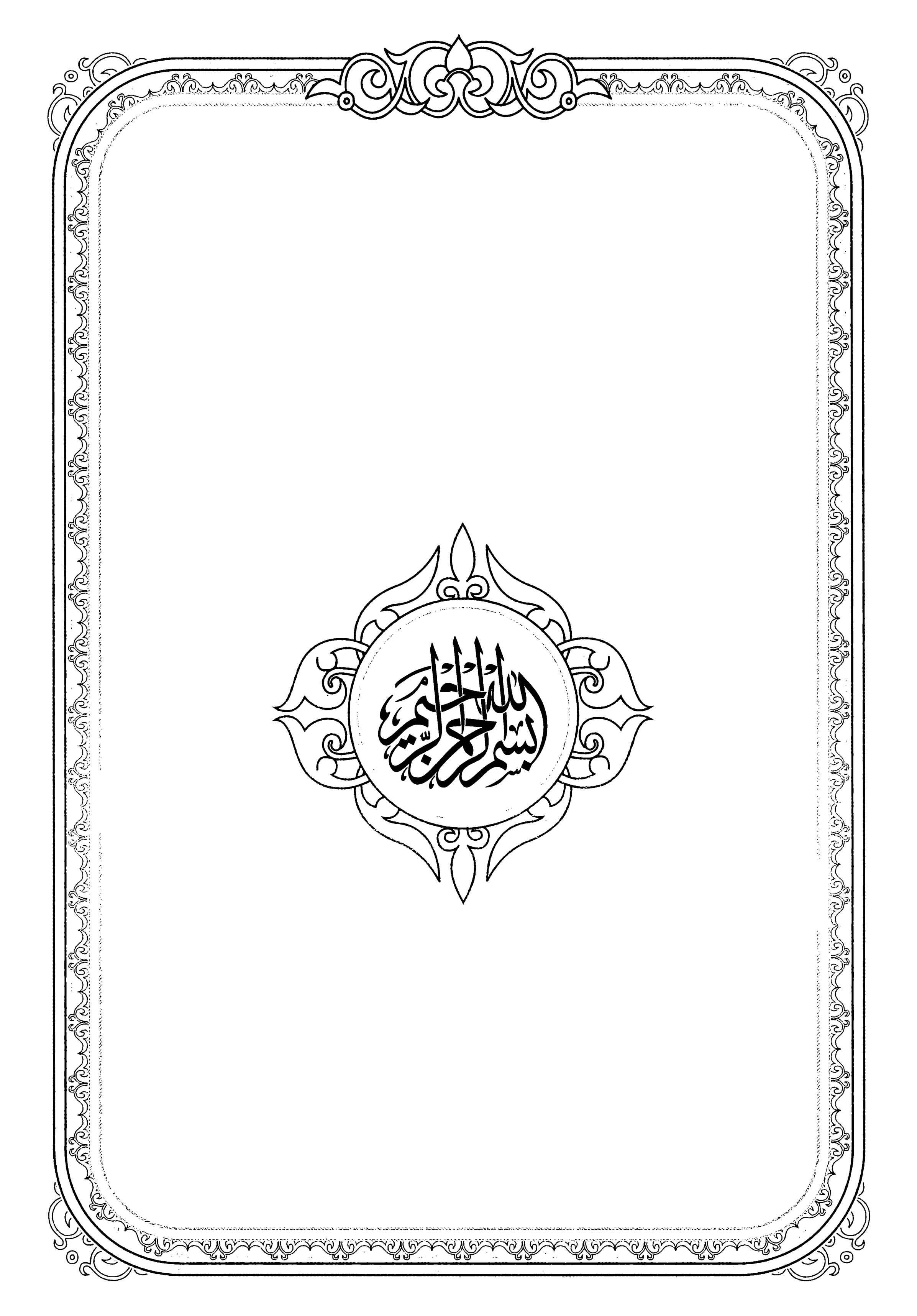
بعناية

د/ عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن

يطبع لأول مرة على نسخ خطية

المجلد الثاني




بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ النِّكَاحِ
بَابُ تَزْوِيْجِ البِكْرِ وَالصَّغِيْرِ

بكر بالغة استأمرها وليها فسكتت فزوّجها

(**بكر بالغة، قال لها وليها: إني أريد أن أزوجك فلانًا، فسكتت، فزَوَّجَهَا، ثم قالت بعد النكاح: لا أرضىٰ، فالنكاح جائز عليها**)؛ لأن سكوتها عند استئمار الولي، إذن بالنكاح، ورضاً بالنص والمعقول.

أما النص: قال عليه الصلاة والسلام: «**البكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها**»[1]، وهكذا كان يفعل النبي عليه الصلاة والسلام إذا خطب إليه ابنة من بناته، دنا إلى خدرها وقال: «**إن فلانًا يخطب فلانة**»[2]، ثم يزوجها إذا سكتت، وفي رواية: كان يقول: «**فإن كرهتيه فقولي: لا**»؛ ولأن الاستئمار يقتضي جوابًا في المجلس، والجواب إما أن يكون بالرد، أو بالإيجاب؛ ولأن البكر تستحي عن إظهار الرغبة في الرجال بالنطق، ولا تستحي عن الرد، فيجعل السكوت [دليلاً على الرَّضا، وإذا جعل السكوت رضًا، كان ردّها بعد السكوت بمنزلة الرَّدِّ] بعد التلفظ بالرِّضا، فلا يعمل.

---

(١) أخرجه مسلم عن ابن عباس، بلفظ: «والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها» (١٤٢١).

(٢) الحديث أورده الهيثمي بطرق وألفاظ مختلفة، «... ورواه البزار عن أبي هريرة، ورجاله ثقات»؛ «ورواه أحمد وأبو يعلىٰ عن عائشة، وفيه أيوب بن عتبة، وهو ضعيف، وقد وُثِّق»؛ وعن ابن عباس أيضًا، كما «رواه الطبراني، وفيه يحيىٰ الحماني، وقد وُثِّق، وفيه ضعف». مجمع الزوائد ٤/٢٧٨.

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: (**إن استأمرها غير الولي، أو ولي غيره أَوْلَىٰ منه، لم يكن ذلك رضًا، حتى تتكلم به**)، وأبو حنيفة لا يخالفهما في هذا.

وحكي عن الكرخي: أن سكوتها عند استئمار الأجنبي، يكون رضًا أيضًا؛ لأنها تستحي من الأجنبي أكثر مما تستحي من الولي، والأَصَحُّ ما قالا؛ لأن السكوت جعل رضًا بطريق الضرورة، والضرورة تندفع بجعله رضًا في حق الأولياء، فلا يجعل رضًا في حق الأجانب، ولا في حق قريب ليس بولي: بأن كان كافرًا، أو عبدًا، أو مكاتبًا.

إن زوّجها من غير استئمار

قالوا: ويشترط أن يكون الزوج كُفْئاً، والمهر وافرًا، فإن عُدِما، أو عُدِمَ أحدهما، لم يكن سكوتها عند الاستئمار رضًا، إلَّا في حق الأب والجد في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده: الأب والجد ولي في هذا العقد، وعندهما: الأب والجد بمنزلة الأجانب في هذا العقد.

ثم لا شكّ أنه لا بدّ من تسمية الزوج في الاستئمار، تسمية تقع لها المعرفة بالزوج، حتى لو قال: أُزَوِّجُكِ من جيراني، أو بني عمي، فسكتت، لا يكون رضًا؛ لأن الرضا بالمجهول لا يتصور، وعند البعض: لا بد من تسمية الصداق أيضًا؛ لأن الرضا يختلف بقلة المهر وكثرته.

والأَصَحُّ: أنه لا يشترط ذلك؛ لِمَا روينا من الآثار؛ ولأن تسمية المهر ليس بشرط في النكاح، فلا يشترط في الاستئمار.

فإن زَوَّجَها من غير استئمار، كُرِهَ؛ لأنه خالف السنة، ويتوقف النكاح على إجازتها، فإن ردّت، بطل، وقال ابن أبي ليلىٰ -وهو قول الشافعي-: ينفذ نكاح الأب والجد على البكر من غير رضاها[1].

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٧٥.

لهما: أنه لو زَوَّجَها وهي ساكتة، يجوز، ولو اعتبر رضاها؛ لِمَا اكتفي بالسكوت المحتمل، كما في حق الغلام.

ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام: «**البكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت، فَقَد رضيت**»، شرط الاستئمار؛ ولأنها عاقلة، بالغة، فلا يملك إجبارها على النكاح، كما لا يملك في مالها، فيتوقف على إجازتها، فإن بلغها الخبر فسكتت، فقد رضيت.

وكان محمد بن مقاتل يقول: إذا بلغها العقد فسكتت، لا ينفذ حتى تجيز؛ لأن السكوت محتمل، وإنما جعل السكوت رضًا عند الاستئمار نصًّا، بخلاف القياس، وهذا ليس في معناه؛ لأن سكوتها عند الاستئمار لو جعل رضًا، يمكنها أن ترجع عن ذلك قبل العقد، ولو جعل السكوت رضًا بعد العقد، يلزمها العقد بنفس السكوت، فلا يجعل السكوت رِضًا.

وإنا نقول: إنما جعل السكوت رضًا عند الاستئمار بعلة الحياء، والحياء [٧٥/ب] هاهنا موجود، فطريق بلوغ الخبر: أن يبعث الولي إليها رسولاً عدلاً كان أو غير عدل، فإن أخبرها فضولي، لا بد من العدد أو العدالة في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يشترط ذلك، كما لا يشترط في حق الرسول، والمسألة تأتي في كتاب الوكالة.

وإن بلغها الخبر، فضحكت، كان رضًا؛ لأن الضحك أدل على الرضا من السكوت، فإن كان على وجه الاستهزاء، لا يكون رضًا، والضحك على وجه الاستهزاء معلوم عند الناس.

وإن بكت، كان ردًّا في إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وعنه في رواية: يكون رضًا، قالوا: إن كان البكاء عن صوت وعَوِيل، لا يكون رضًا،

وإن كان عن سرور، فهو رضًا، وقيل: تمتحن بدموع عينها، فإن كانت باردة، فهي من السكوت فيكون رضًا، وإن كانت حارة، فهي من الحزن، فلا يكون رضًا.

وكذلك في الاستئمار إذا استأمرها الولي في نكاح رجل، فأبت، ثم زَوَّجَهَا الولي منه، فسكتت، فهو رضا.

وكان محمد بن مقاتل يقول: لا يكون سكوتها رضا؛ لأنها صرحت بالسُّخْط، فلا يكون سكوتها رضا، ولكنَّا نقول: قد يسخط المرء [شيئًا] في وقت، ثم يرضىٰ به في وقت آخر، ولو لم تكن راضية؛ لصرّحت بالرد في المرة الثانية، كما صرَّحت به في الأولىٰ، هذا إذا كانت بكرًا.

إن جومعت بشبهة أو بنكاح فاسد

فإن جُوْمِعَتْ بشبهة، أو نكاح فاسد، فهي ثيب لا يكتفىٰ بسكوتها، فإن زالت بكارتها بالزنا، فهي بكر في قول أبي حنيفة، وعند صاحبيه والشافعي: هي ثيّب، لا يكتفىٰ بسكوتها[1]، وإن أخرجت فأقيم عليها الحد، الصحيح: أنه لا يكتفىٰ بسكوتها بعد ذلك.

إن زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة

وإن زالت بكارتها بالوثبة، أو الطفرة، أو بطول التعنيس، يكتفىٰ بسكوتها عندنا، وفي أحد قولي الشافعي: لا يكتفىٰ بسكوتها[2]، والمسألة بفروعها معروفة في المختلف.

وإذا زوّجت المرأة بغير استئمار، فأخبرها الولي بذلك، فقالت: لا أرضىٰ، ثم قالت: قد رضيت، لا نكاح بينهما؛ لأن العقد بطل بردها، فلا تلحقه الإجازة.

---

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٣/ ١٧١.

(٢) انظر: المرجع السابق نفسه.

إن زوّجها من غير استئمار، ثم اختلفا

ولو زوجها من غير استئمار، ثم اختلفا: فقال الزوج: بَلَغَكِ خبر النكاح فسكتِّ، وقالت: بل رددت، كان القول قولها، وقال زفر: القول قول الزوج؛ لأنه متمسك بالأصل: وهو السكوت.

ولنا: أن الزوج يَدَّعِي عليها لزوم العقد، وهي تنكر، فكان القول قولها.

فإن أقاما البينة، فالبينة بينة المرأة؛ لأنها تثبت الرد، وإن أقام الزوج بينة أنها أجازت العقد حين أُخبرت، وأقامت المرأة بينة أنها ردت العقد حين أُخبرت، كانت البينة بينة الزوج؛ لأنهما استويا في الإثبات صورة، وبيّنة الزوج بيّنة اللزوم، فترجحت بينة الزوج، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثَمَّةَ بَيِّنَة الزوج قامت على العدم، لا على إثبات [أمرٍ] حادث؛ لأنها قامت على السكوت، والسكوت عبارة عن العدم، وبينة المرأة قامت على إثبات الرد، فكانت بينة المرأة أولىٰ.

وإذا زَوَّج البكر وليّها بأمرها، وزوجت هي نفسها، فأيهما قالت: هو الأول، فالقول قولها؛ لأنها أقرت على نفسها بالنكاح، وإقرارها حجة عليها، وإن قالت: لا أدري أيهما الأول، ولا يعلم ذلك، فُرِّقَ بينهما؛ لأن تصحيح العقدين على المرأة لا يمكن، وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر، فنفرق بينهما، وكذا لو زوجها وليان بأمرها، والبكر والثيب في ذلك سواء؛ لِمَا قلنا.

رجل زوّج بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران

(رجل زوّج بنت أخيه من ابن أخيه، وهما صغيران[1]**، وهو وليهما، فكبرا، وقد علمت بالنكاح، فإن سكتت حين تبلغ، فهو منها رضا بالنكاح، وإن لم تعلم بالنكاح، فلها الخيار حتى تعلم)**.

---

(١) عبارة الجامع: «... جاز، ولهما الخيار إذا بلغا، خلافًا لأبي يوسف، فإذا علمت ...» ص١٧٠، ١٧١ (عالم الكتب)، وسيأتي التفصيل.

هذه مسألة تشتمل على فصول:

ولاية تزويج الصغير والصغيرة

منها: أن لغير الأب والجد ولاية تزويج الصغير والصغيرة عندنا، خلافاً للشافعي[1]، والمسألة معروفة، فإذا جاز النكاح عندنا: كان لهما خيار البلوغ في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف آخرًا: لا خيار لهما، والمسألة معروفة.

وأما القاضي إذا زوّج اليَتِيْمَةَ، روىٰ خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة: أنه لا خيار لهما، ووجهه: أن القاضي يملك التصرف في المال والنفس، فكان بمنزلة الأب والجد، وما ذكر في ظاهر الرواية: يدل على ثبوت الخيار لهما، فإنه قال: ولهما الخيار في نكاح غير الأب والجد.

[٧٦/أ]

والأم إذا زوّجت الصغير والصغيرة، يجوز النكاح في قول أبي حنيفة إذا لم يكن لهما ولي من العَصَبَات، وفي خيار البلوغ لهما في هذا النكاح: عن أبي حنيفة روايتان: في رواية: ليس لهما خيار البلوغ؛ لأنها وافرة الشفقة، بمنزلة الأب والجد، وفي رواية: لهما خيار البلوغ، وهو الصحيح؛ لأن عقلها ناقص؛ ولهذا لا تملك التصرف في المال.

ثبوت خيار البلوغ

وإذا ثبت لهما خيار البلوغ في نكاح غير الأب والجد في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول، فإن بلغت بكرًا، وعلمت بالنكاح، فسكتت، بطل خيارها؛ لأن سكوت البكر جعل رضا في ثبوت أصل النكاح؛ فلأن يجعل رضا بثبوت وصف اللزوم كان أولىٰ.

وإن بلغت ثيّباً، لا يبطل خيارها بالسكوت، ولها الخيار ما لم تقل: رضيت، أو يوجد منها ما يدل على الرضا: كما لو زوجها بعد البلوغ وهي ثيّب فسكتت؛ لأن الثيب لا تستحي عن إسقاط خيارها بالنطق، والبكر تستحي عن ذلك؛ لِمَا فيه من إظهار الرغبة في الرجال.

---

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٣/١٦٩.

(وأما الغلام، فله الخيار ما لم يقل: رضيت، أو يوجد منه فعل يستدل به على الرضا)؛ لعدم ما يمنعه من النطق، فلا يجعل سكوته رضاً، كما في ابتداء النكاح.

إن اختار أحدهما الفُرْقة بخيار البلوغ

وإن اختار أحدهما الفُرْقَةَ بخيار البلوغ، وردَّ النكاح، لم يكن ذلك ردًّا، ولا يبطل العقد ما لم يقض به القاضي، حتى لو مات أحدهما قبل القضاء، ورثه الآخر، بخلاف ما لو كان النكاح بعد البلوغ فردّ، حيث يبطل برده؛ لأن ثَمَّةَ أصل العقد موقوف، فيبطل برد من توقف على إجازته، وهاهنا العقد كان نافذًا، فلا يبطل بمجرد الرَّدِّ ما لم يتأكد بالقضاء؛ لأن خيار البلوغ مختلف فيه، وسببه باطن وخفي: وهو قصور شفقة الولي، فكان الرد إبطالاً لحق الآخر، فلا ينفرد به.

فرق بين هذا وبين المُعْتَقَةِ إذا اختارت الفرقة بخيار العتق، فإنه يبطل النكاح، ولا يتوقف على قضاء القاضي، ووجه الفرق: أن خيار العتق إذا كان الزوج عبدًا، متفق منصوص عليه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لبريرة: «**ملكتِ بضعكِ، فاختاري**»[1].

أما عندنا: فلزيادة الملك عليها، وأما [عند الشافعي]: فلعدم الكفاءة، وسبب هذا الخيار ظاهر: وهو زيادة الملك عليها، فإنه يملك عليها تطليقتين، وبعد الحرية يملك عليها ثلاث تطليقات، فكما ينفرد بدفع أصل الملك بعد الحرية، حتى لا يجوز النكاح بدون رضاها، ينفرد بالزيادة، إلَّا أنها لا تملك دفع الزيادة إلَّا برفع ما كان ثابتًا؛ لأن النكاح لو بقي بعد عتقها، لا يزول إلَّا بثلاث تطليقات، فملكت رفع ما كان ثابتًا ضمنًا؛ لدفع الزيادة، لا قصدًا.

---

(١) بهذا اللفظ «أخرجه ابن سعد من مرسل الشعبي ...، ووصله الدارقطني من حديث عائشة بلفظ: «اذهبي فقد عتق معك بضعك»، وفي الصحيحين عن عائشة: أن بريرة عتقت، فخيَّرها النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم من زوجها»، الدراية ٢/٦٤.

ولا يقال: بأن المرأة إن كانت دافعة للزيادة، فهي مبطلة حق الزوج عما كان ثابتًا، والزوج يستبقي ملكه الثابت، ثم ثبوت الزيادة من ضرورات ذلك، فلماذا يترجح جانب المرأة؟

بطلان خيار البلوغ

[لأنَّا] نقول: بلىٰ الزوج يتضرر بإبطال ما كان ثابتًا له، إلَّا أن اعتبار جانب المرأة أولىٰ؛ لأنها تبطل حقًا مشتركًا بينها وبين الزوج؛ لدفع زيادة حق عليها للزوج، والزوج يثبت لنفسه زيادة حق عليها؛ لاستيفاء حق مشترك بينها وبينه؛ ولأن الزوج رضي بهذا الضرر حيث تزوج الأمة باختياره، كما لو تزوج صغيرة زَوَّجَها غير الأب والجد، أما المرأة لم ترض بهذا الضرر؛ لأنها لا اختيار لها في النكاح، وخيار المجبرة بمنزلة خيار العتق، تقع الفرقة باختيارها، كما تقع الفرقة في خيار العتق من غير قضاء؛ لأن خيار العتق ثبت بتخيير الشرع، وخيار المجبرة ثبت بتخيير الزوج.

فخيار العتق يفارق خيار البلوغ من وجوه: أحدها: ما قلنا، والثاني: أن خيار البلوغ يثبت للذكر والأنثىٰ، وخيار العتق يثبت للأمة خاصة؛ لأن سبب خيار البلوغ: معنىٰ يجمع الغلام والجارية: وهو قصور شفقة الولي، وسبب خيار العتق: معنىٰ يخصها: وهو زيادة الملك عليها، حرًّا كان الزوج أو عبدًا، عندنا.

ومنها: أنَّ خيار البلوغ يبطل بسكوت البكر، وخيار العتق لا يبطل؛ لأن خيار العتق ثبت بتخيير الشرع، فلا يبطل بالسكوت، كالخيار الثابت بتخيير الزوج، أما خيار البلوغ، ثبت لانعدام الرضا، وسكوت البكر بالنكاح رضا؛ ولأن خيار العتق خيار قبول الملك؛ لأنها تملك نفسها بالإعتاق، وخيار قبول الملك لا يبطل بالسكوت، كخيار المشتري، وخيار المخيرة.

ومنها: أن خيار البلوغ في حق الثيّب والغلام لا يبطل بالقيام عن المجلس، وخيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأن سبب خيار البلوغ: [٧٦/ب] عدم الرضا، فيبقىٰ ما لم يوجد الرضا، كخيار العيب، وخيار الإجازة في عقد الفضولي، أما خيار العتق يثبت بتخيير الشرع، فيكون بمنزلة الخيار الثابت بتخيير الزوج، وذلك يبطل بالقيام عن المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ لأنها ملكت بضعها بتمليك الشرع، وجواب التمليك يقتصر على المجلس [كما] في البيع ونحوه؛ لأن القيام عن المجلس دلالة الرد.

ومنها: أن المعتقة إذا علمت بالعتق، ولم تعلم بالخيار، لا يبطل خيارها حتى تعلم، والصغيرة إذا علمت بالنكاح ولم تعلم بالخيار، فسكتت، بطل خيارها؛ لأن الجهل بخيار العتق يعتبر عذرًا، والجهل بخيار البلوغ لا يعتبر؛ لأن جهل الأمة جهلٌ في موضعه؛ لأنها لا تخالط الأحرار، ولا تتفرغ لتعلم الأحكام، فكان عذرًا، كجهل من أسلم في دار الحرب بالشرائع، أما جهل الصغيرة، جهلٌ في موضع العلم، فينسب إلى التقصير، ولا يعتبر عذرًا، كجهل من أسلم في دار الإسلام بالشرائع.

ثم الفُرْقَة بخيار العتق، لا يكون طلاقًا، بمنزلة الفرقة بخيار البلوغ من أي جانب كان، والفرقة بخيار المخيّرة، يكون طلاقًا؛ لأن الطلاق يختص بالرجال، والفرقة بخيار العتق تختص بالنساء، فلا يكون طلاقًا، والفرقة بخيار البلوغ فرقة يشترك فيها الزوجان، فلا يكون طلاقًا، وأما الفرقة في المخيرة، جاءت بتخيير الزوج وتمليكه، فيكون طلاقًا، وسيأتي أجناس هذا في كتاب السِّيَر.

زوّج ابنه الصغير امرأة بعشرة آلاف ومهر مثلها عشرة

(رجل زوّج ابنه الصغير امرأةً بعشرة آلاف، ومهر مثلها عشرة دراهم، أو زوج ابنته الصغيرة على عشرة دراهم، ومهر مثلها ألف درهم، فهو جائز، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز النكاح على واحد منهما، إلَّا ان يكون الحَطُّ والزيادة بقدر ما يتغابن الناس في مثله).

ذكر هاهنا: أن النكاح باطل في قول أبي يوسف ومحمد، وذكر هذه المسألة في كتاب النكاح، وقال: على قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز، ولم يذكر النكاح، حتى فهم بعض مشايخنا: أنه يجوز النكاح، ولا تجوز الزيادة والنقصان؛ لأن فساد التسمية لا يمنع صحة النكاح، كما لو تزوج امرأة بخمر أو خنزير، والصحيح: أنه لا يجوز النكاح عندهما.

لهما: أن ولاية الآباء مقيدة بشرط النظر، ولا نظر في هذا العقد، وعند ترك النظر، كان الأب بمنزلة الأجانب، فكما لا يصح من الأجانب، لا يصح من الآباء؛ ولهذا لو تصرف في المال بغبن فاحش، لا يصح تصرفه.

ولأبي حنيفة: أن الأب والجد لكمال رأيه ووفور شفقته، لا يتحمل الزيادة والنقصان الفاحش إلَّا لمصلحة مطلوبه، لا يمكنه تحصيلها [إلَّا] به، فيُعَدُّ ذلك نظرًا ولا يُعَدُّ ضَرَرًا، حتى لو عرف الأب بالمَجَانة، وسوء الاختيار، لا يصح عقده، بخلاف غير الأب والجد؛ لأن شفقته قاصرة، فيبطل عقده لأجل الضرر الظاهر، وبخلاف التصرف في المال؛ لأن المقصود ثَمَّ: هو المال، فإذا فات المقصود، يُعَدُّ ضَرَرًا ولا يُعَدُّ نَظَرًا، فيبطل عقده.

وعلى هذا الخلاف: إذا زوج ابنته الصغيرة عبدًا، أو ابنه الصغير أمةً، عند أبي حنيفة: يجوز، وعندهما: لا يجوز، ووجه المذهبين ما قلنا.

أَمَر رجلاً أن يزوِّج ابنته الصغيرة، فزوَّجها بحضرة الأب ورجل وآخر

(رجل أمر رجلاً أن يُزَوِّجَ ابنته الصغيرة، فَزَوَّجَها المأمور بحضرة الأب ورجل آخر سواهما، جاز النكاح بشهادة المُزَوِّج، وإن كان الأب غائبًا، لم يجز)؛ لأن الوكيل في النكاح سفير ومُعَبِّر، فإذا كان الأب حاضرًا، أمكن إضافة العقد إلى الآمر، كأنَّ الآمر باشره بنفسه، فيبقىٰ المزوج شاهدًا.

أما إذا كان الأب غائبًا، لو جعلنا كأَنَّ الأب باشر العقد بنفسه، فأخرجنا الوكيل من البين، لا يجتمع الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فلا يجوز، فبقي الوكيل مزوجاً، فلا يصلح شاهدًا، والنكاح لا ينعقد بشهادة شاهد واحد.

والأصل فيه: قوله عليه الصلاة والسلام: «**كل نكاح لم يحضره أربعة، فهو سفاح: ولي، وخاطب، وشاهدا عدل**»[1]، جعل الشاهد غير المزوج والموجب.

وعلى هذا الخلاف: الرجل إذا زَوَّجَ ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، فإن كانت حاضرة، جاز النكاح؛ لأن العقد ينتقل إليها، فيبقىٰ الأب شاهدًا، وإن كانت غائبة، لا يجوز؛ لأن الأب بقي مزوجًا، فلا يصلح شاهدًا.

(**نصراني له بنت صغيرة مسلمة، فزوجها، لم يجز**)؛ لأن الكافر لا يلي المسلم.

---

(١) أورد ابن حجر نحوه، حديث: «لا نكاح إلَّا بأربعة: خاطب، وولي، وشاهدين»، «روي مرفوعًا وموقوفًا، البيهقي من حديث أبي هريرة مرفوعًا، وفي إسناده المغيرة بن موسىٰ، قال البخاري: إنه منكر الحديث، ونحوه ما رواه الدارقطني من حديث عائشة، وفيه مجهول، وأمَّا الموقوف فرواه البيهقي في الخلافيَّات، عن ابن عباس وصحَّحه»، التلخيص الحبير ١٦٣/٣.

بَابُ
الأَكْفَاءِ

الكفاءة في النكاح معتبرة

[٧٧/أ]

(قال: قريش بعضهم أكفاءٌ لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، والموالي: من كان له أبوان في الإسلام أكفاء لبعض، ولا يكون كفئاً في شيء إلَّا أن يجد المهر والنفقة).

والأصل فيه: أن الكفاءة في النكاح معتبرة في جانب الرجال، وقال سفيان الثوري: لا تعتبر الكفاءة من حيث النسب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على عجمي، إنما الفضل بالتقوىٰ**»[(١)]، وقال الكرخي: الكفاءة غير معتبرة.

وحُجَّتُنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**ألا لا يزوج النساء إلَّا الأولياء، ولا يزوجن إلَّا من الأكفاء**»[(٢)]؛ ولأن النكاح رقّ وإذلال؛ لقوله عليه الصلاة

---

(١) الحديث أخرجه أبو الشيخ الأصبهاني (الشطر الأول)، في أحاديث أبي الزبير ١/٦٤؛ والشطر الثاني: أخرجه أحمد في المسند (في خطبة رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم أيام التشريق) ٥/٤١١، «ورجاله رجال الصحيح»، كما قال الهيثمي في المجمع ٣/٢٦٦.

(٢) أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما، من حديث جابر رضي الله عنه، وفيه مبشر بن عبيد، قال الدارقطني عنه: مبشر متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها. وأسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل أنه قال: أحاديث مبشر موضوعة، كذب. انظر: نصب الراية ٣/١٩٦.

والسلام: «**النكاح رق**»[1]، وإنما جاز لمقاصد لا تحصل إلَّا بين الأكفاء، نحو التوالد، والسكن، وتأسيس القرابات وفي استفراش من لا يكافئها زيادة ذل، فلا يتحمل من غير ضرورة.

الكفاءة تعتبر في معانٍ خمسة

ثم الكفاءة تعتبر في معان خمسة: منها: النسب، وأفضل الناس نسبًا: بنو هاشم، ثم قريش، ثم العرب، قال عليه الصلاة والسلام: «**إن الله اختار من الناس: العرب، ومن العرب: قريشًا، ومن قريش: بني هاشم، واختارني من بني هاشم، ولا فخر**»[2]، أراد صلىٰ الله عليه وسلم بذلك: إظهار منّة الله تعالىٰ على نفسه دون التكبر، وغير المختار لا يكون كفئًا للمختار.

فنقول: على هذا الترتيب: غير العرب لا يكون كفئًا للعرب، ولا العرب لقريش، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، إلَّا بنو باهلة، فإنهم لخساستهم لا يكونون كفئًا لعامة العرب، وقريش بعضهم أكفاء لبعض، وإن كان بنو هاشم أفضل؛ للحديث الذي روينا، ألا ترىٰ أن النبي عليه الصلاة والسلام زوّج ابنته من عثمان بن عفان، وكان عثمان أمويًا عبشميًّا، لا هاشميًّا، وعلي رضي الله عنه زوّج ابنته من عمر رضي الله عنه، وكان عمر عدويًا لا هاشميًّا.

الكفاءة بإسلام وحريّة الآباء

(**وأما الموالي، فمن كان له أبوان في الإسلام والحرية، يكون كفئًا**) لمن [كان] له عشرة آباء في الإسلام [والحريّة]؛ لأن افتخار العجم بالإسلام والحرية والمال، لا بالنسب؛ لِمَا روي: أن جماعة من الصحابة تفاخروا بالأنساب،

---

(١) أخرجه البيهقي عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما، «وروي ذلك مرفوعًا، والموقوف أصحُّ»، السنن الكبرىٰ ٧/٨٢؛ وأخرجه سعيد بن منصور أيضًا، عن أسماء موقوفًا، وتكملته: «فلينظر أحدكم عند من يرق كريمته» ١/١٩١.

(٢) «الحديث رواه الطبراني في الكبير والأوسط ـ مع زيادة ـ، وفيه حماد بن واقد، وهو ضعيف يعتبر به، وبقية رجاله ثقات»، كما في مجمع الزوائد ٨/٢١٥.

فلما انتهوا إلى سلمان، قالوا: سلمان ابن مَن؟ فقال: ابن الإسلام، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه، فبكىٰ وقال: عمر ابن الإسلام[1].

إذا ثبت هذا، نقول: إذا كان له أبوان في الإسلام، يكون كفئًا لمن له عشرة آباء في الإسلام؛ لأن له في الإسلام نسب صحيح، فإن تمام الانتساب يكون بالأب والجد، ومن له أب واحد في الإسلام، لا يكون كفئًا لمن كان له أبوان في الإسلام؛ لأنه يحتاج في الانتساب إلى الجد المُشْرِك، فيظهر ذُلَّه وَهَوَانه.

وكذلك من أسلم بنفسه، لا يكون كفئًا لمن له أب واحد في الإسلام، وكذلك في الحريّة؛ لأن الرق أثر من آثار الكفر، وعن أبي يوسف: أنه ألحق الأب الواحد بالمثنىٰ في الإسلام والحرية، وجعله كفئًا، والصحيح: جواب ظاهر الرواية.

الكفاءة فيمن لا يجد مهرًا ولا نفقة

(**ومن لا يجد مهرًا ولا نفقة، أو وجد أحدهما دون الآخر، لا يكون كفئًا في شيء من ذلك**)؛ لأن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المهر، وبعدما استوفت مهرها، لا يمكنها المقام بدون النفقة، فلا تحصل مقاصد النكاح.

والمراد من المهر: ما تعارفوا تعجيله، وما زاد عليه، فهو مؤجل عرفًا، فلا تشترط القدرة عليه.

وعن أبي يوسف: إذا كان يقدر على المهر، ولا يقدر على النفقة، لا يكون كفئًا، وإن كان على العكس، يكون كفئًا؛ لأن الآباء يتحملون المهور الغالية عن الأبناء، ولا يتحملون النفقة الدارة، فَيُعَدُّ قادرًا على المهر بيسار الأب، ولا يعد قادرًا على النفقة بيساره، وفي ظاهر الرواية: سَوَّىٰ بينهما.

---

(١) أخرجه الأزدي في الجامع ١١/٤٣٨؛ وذكره السيوطي في جامع الأحاديث ١٣/٤١٣؛ والذهبي في سير أعلام النبلاء ١/٥٤٤.

الكفاءة في المال

وأما الكفاءة في المال في ظاهر الرواية: إذا كان قادرًا على المهر والنفقة، كان كفئًا لمن كانت فائقة في الغَنَاء، وعن محمد: أنه لا يكون كفئًا، وتعتبر الكفاءة في كثرة المال؛ لأن الغنىٰ من أسباب المفاخرة والعز؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أنَّها قالت: «**رأيت ذا المال مَهيبًا، ورأيت ذا الفقر مهينًا**»، وقالت: «**إن أحساب الدنيا، المال**».

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن كثرة المال مذموم في الأصل، وأنه من أسباب الهلاك، وعن أبي يوسف: إذا كان قادرًا على المهر، ويكتسب كل يوم ما ينفق عليها، كان كفئًا، وهو الصحيح؛ لأن المال غادر ورائح، فلا تعتبر الزيادة.

اعتبار الكفاءة في الحِرْفَة

ولا تعتبر الكفاءة في الحرفة في أظهر الروايتين عن أبي حنيفة، حتى يكون البيطار كفئًا للعَطَّار، وعنه في رواية: الموالي بعضهم أكفاء لبعض، إلَّا الحائك والحجام، وقال أبو يوسف: الكفاءة في الحرفة معتبرة، حتى لا يكون الحَائِكُ والحَجَّام والدَّبَّاغ والكَنَّاس كفئًا للعَطَّار والبَزَّاز والصَّرَّافِ، وهو أظهر الروايتين عن محمد.

لأبي يوسف: أن الحرفة مما يفتخر بها ويُعَيَّر، فتعتبر في الكفاءة بمنزلة النَّسب. [٧٧/ب]

ولأبي حنيفة: أن الحرفة غير لازمة، بل هو متمكن من دفع هذه المنقصة بالانتقال إلى حرفة أخرىٰ، بخلاف النسب.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، في زمن أبي حنيفة: الدناءة في الحرفة كانت لا تعد منقصة، فلم تعتبر، وفي زمانهما: عدت منقصة، فاعتبراها في الكفاءة.

الكفاءة في الصلاح

وأما الكفاءة في الصلاح، روي عن أبي حنيفة: أنها معتبرة، حتى أنَّ امرأة من بنات الصالحين، لو زوّجت نفسها من فاسق، يرد عقدها، معلناً كان أو لم يكن، وهذا اختيار الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل.

إذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء

وعن أبي يوسف: إن كان الفاسق ذا مهابة ومروءة، يكون كفئًا، يريد به: إذا كان أعوان السلطان.

وقال محمد: الكفاءة في الدين لا تعتبر، والفاسق يكون كفئًا للصالح، إلَّا إذا كان فاسقًا معلنًا، يخرج سكرانًا، ويلعب به الصبيان، وهو مستخف عند الناس، فلا يكون كفئًا للعدلة العفيفة، وإن كان يشرب سرًّا، ولا يخرج سكرانًا يكون كفئًا.

وجه قول محمد: أن هذا من أمور الآخرة، فلا تظهر في أحكام الدنيا، ولا تعد من الدناءة.

ولأبي حنيفة: أن هذا من أعلىٰ وجوه المفاخرة الصحيحة، قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣].

وذكر شمس الأئمة السرخسي: [الصحيح] من مذهب أبي حنيفة: أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة، قالوا: الحسيب يكون كفئًا للنسيب، حتى أن الفقيه يكون كفئًا للعلوي؛ لأن شرف العلم فوق شرف النسب.

وأما العقل، لا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين، واختلف فيه المتأخرون.

وإذا زَوَّجَتِ المرأة نفسها من غير كُفْءٍ، كان للأولياء من العصبة أن يفرقوا بينهما؛ لأنها أضرت بالأولياء بنسبه من لا يكافئهم [إليهم] بالصهريَّة، فكان لهم حق الفسخ؛ لدفع هذا الضرر، ولا يكون هذا التفريق إلَّا عند القاضي؛ لأنه مختلف فيه بين العلماء، فكل واحد من الخصمين يتمسك بنوع دليل وقول واحد من العلماء، فلا يتحقق الإلزام إلَّا بمن له ولاية الإلزام، وما لم يقض القاضي بينهما، فحكم الطلاق، والظِّهار، والإيلاء، والميراث قائم بينهما؛ لِمَا ذكرنا.

هل الفرقة للكفاءة تعد فسخًا؟

والفُرْقَةُ بهذا السبب تُعَدُّ فسخًا، ولا تكون طلاقًا، فإن لم يكن دخل بها، لا شيء لها، وإن دخل بها، أو خلا بها خلوة صحيحة، يلزم كل المسمَّىٰ، ونفقة العدة، وعليها العدة، وهذا والفرقة بخيار البلوغ سواء.

وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق، لا يبطل حقه في الفسخ، وإن طال الزمان حتى تلد؛ لأن السكوت محتمل، فلا يجعل رضًا إلَّا في مواضع مخصوصة، وليس هذا من قبيل ذلك.

وإن جاء وقبض مهرها، وجهزها، كان رضًا؛ لأن قبض المهر تقدير لحكم العقد، فيكون رضًا.

إنْ زوَّجها الولي غير كفء

وإن زَوَّجَها الوليُّ غَيْرَ كُفْءٍ، ثم فارقته، ثم زوجت نفسها منه بغير ولي، كان للولي أن يفرق بينهما؛ لأن الرضا بالعقد الأول لا يكون رضًا بالعقد الثاني.

إن زوَّجها أحد الأولياء برضاها من غير كفء

وإن زوجها أحد الأولياء برضاها من غير كفءٍ، لم يكن لمثل هذا الولي ولمن دونه حق الفسخ عندنا، خلافًا لزفر والشافعي[1]، والمسألة معروفة في المختلف.

إذا تزوَّجت المرأة من غير كفء، ودخل بها

إذا تزوجت المرأة من غير كفء، ودخل بها، وفَرَّقَ القاضي بينهما بخصومة الولي، وألزم الزوج مهرها، وألزمها العدة، ثم تزوجها في عدتها بغير ولي، ففرق القاضي بينهما قبل الدخول، كان لها المهر الثاني كاملاً على الزوج، وعليها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يلزمه المهر الثاني، وعليها [بقيَّة][2] العدة الأولىٰ، وقال زفر: لا مهر لها، ولا عدة عليها.

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٧٩.

(٢) في أ (تمام)، والمثبت من سائر النسخ.

وعلى هذا الخلاف: إذا طَلَّقَ الرجل امرأته تطليقة بائنة بعد الدخول، ثم تزوجها في العدة، فارتدت -والعياذ بالله- قبل الدخول.

وعلى هذا الخلاف: إذا كانت المنكوحة أمةً، فطلقها بعد الدخول تطليقة بائنة، ثم تزوجها في العدة، فأعتقت، فاختارت نفسها قبل الدخول.

وعلى هذا الخلاف: لو كانت الفرقة الثانية بسبب اللعان، أو بخيار البلوغ.

ولو تزوج امرأة تعتد منه عن طلاق بائن، ثم طلقها قبل الدخول، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: الجواب كذلك، وعند محمد: لها نصف المهر، وعليها [بقيَّة العِدَّة]، وعند زفر: لها نصف المهر، ولا عدة عليها.

وكذلك لو كان النكاح الأول فاسدًا، أو وَطَئَهَا بشبهة، ثم تزوجها نكاحًا صحيحًا في العدة، ثم فارقها قبل الدخول، فهو على هذا الخلاف.

ولو كان النكاح الأول جائزًا، والنكاح الثاني فاسدًا، ففرق بينهما قبل الدخول، لا يجب المهر بالاتفاق.

وإن تزوجها بعد انقضاء العدة في هذه الوجوه، فالجواب عند الكل: ما هو جواب محمد وزفر في الفصول المتقدمة. [٧٨/أ]

وأما الكلام في المهر، وجه قول محمد وزفر: أن هذه فُرْقة قد حصلت قبل المسيس حقيقة، فلا توجب كمال المهر، كما لو تزوجها بعد انقضاء العدة.

وأما الكلام في العدة، وجه قول زفر: أن هذه فرقة حصلت قبل المسيس، فلا توجب العدة؛ لظاهر قوله تعالىٰ: ﴿**ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ**﴾ [الأحزاب: ٤٩].

ولمحمد: أن العدة وجبت بالفرقة الأولىٰ، إلَّا أنها عجزت عن الأداء حال قيام النكاح، فإذا طلقها، زال المانع من الأداء، كمن اشترىٰ معتدة ثم أعتقها، كان عليها بقية العدة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن هذه فرقة حصلت بعد المسيس حكمًا؛ فتوجب كمال المهر والعدة، كما لو دخل بها في النكاح الثاني، وإنما قلنا ذلك؛ لأن حكم المسيس الأول قائم، وهو ثبات النسب إلى سنتين، وبقاء حكم المسيس يوجب بقاء المسيس.

وإذا تسمّىٰ رجل لامرأة بغير اسمه وانتسب إلى غير نسبه

وإذا تسمّىٰ رجل لامرأة بغير اسمه، وانتسب إلى غير نسبه، فتزوجته، فالمسألة على وجوه ثلاثة: أحدها: أن يكون المكتوم أفضل ممن أظهر، بأن أخبرها بأنه عربي، فإذا هو قرشي، ففي هذا الوجه: لا خيار لها؛ لأنها وجدته خيرًا مما شرط، فصار كما لو اشترىٰ شيئًا على أنه معيب، فإذا هو سليم، وعن أبي يوسف: أن لها الخيار، ولا وجه لهذا.

والثاني: أن يكون المكتوم دون ما أظهر، لكنه كفءٌ لها، بأن تزوج عربية على أنه قرشي، فإذا هو عربي، ففي هذا الوجه: لها الخيار؛ لفوات منفعة مشروطة، كما لو اشترىٰ عبدًا على: أنه خبّاز، أو كاتب، فوجده لا يحسن ذلك، فإن رضيت، فلا حق للأولياء؛ لأنه كفءٌ لهم.

والثالث: أن يكون المكتوم دون ما أظهر، وهو في النسب المكتوم لا يكون كفئًا: بأن تزوج قرشية على أنه قرشي، فإذا هو من العرب، أو من الموالي، وفي هذا الوجه: لها الخيار، فإن رضيت، فللأولياء أن يفرّقوا بينهما؛ لعدم الكفاءة.

وإن كانت هي التي غَرَّت الزوج، وانتسبت إلى غير نسبها، لا خيار للزوج، وهي امرأته، إن شاء أمسكها، وإن شاء طلقها؛ لأن الزوج لا يَتَعَيَّرُ بنكاح الدَّنِيَّةِ، واستفراشها.

وهذه المسائل بناءً على جواز النكاح بغير ولي عند أبي حنيفة.

إذا زوّجت الحُرّة العاقلة البالغة نفسها

وإذا زوّجت الحرّة العاقلة البالغة ـ وهي بكر أو ثيب ـ نفسها، أو وكّلت رجلاً فزوجها، جاز، كفئًا كان أو غير كفء في ظاهر الرواية، إلَّا أنه إذا لم يكن كفئًا، كان للأولياء حق الاعتراض، وروىٰ الحسن عنه: إذا لم يكن كفئًا، لا يجوز النكاح أصلاً.

وكان أبو يوسف يقول أولاً: يتوقف تزويجها على إجازة الولي إذا كان لها ولي، كفئًا كان أو غير كفء، حتى لو مات أحدهما، لا يتوارثان، ثم رجع وقال: إن كان كفئًا جاز، وإلَّا يتوقف، ثم رجع وقال: يجوز كفئًا كان أو غير كفء، إلَّا أنه إذا لم يكن كفئًا، كان للأولياء حق الاعتراض.

وفي رواية الطحاوي عن أبي يوسف: إن كان الزوج كفئًا، أمر القاضي الولي بالإجازة، فإن أبىٰ لا ينفسخ، لكن يجيزه القاضي، فيجوز.

وعلى قول محمد في ظاهر الرواية: عنده يتوقف على إجازة الولي، كفئًا كان أو غير كفء، وذكر في رواية أبي حفص: إلَّا أن لا يكون لها ولي، فيجوز، وهذا إنما يتصور في دار الحرب، لا في دار الإسلام؛ لأن في دار الإسلام: القاضي ولي لها، فإذا أجاز الولي، جاز، وإن لم يجز، بطل، ويستأنف القاضي العقد بينهما إن كان كفئًا.

وروىٰ هشام عنه في «النوادر»: أنه إن ردّه الولي، لا يبطل، ويجيزه القاضي إذا لم يجز الولي، وعنه في رواية: أنه رجع إلى قول أبي حنيفة، ذكرها في كتاب الحيل، ومسائل «الجامع» تدل على هذه الرواية، وذكر شمس الأئمة السرخسي: في غير الكفء، الأخذ برواية الحسن أحوط، إذ ليس كل ولي يحسن في المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاضٍ يعدل، فكان الاحتياط: في أن يسد عليها باب التزويج من غير كفء بهذا الطريق.

وقال أبو يوسف: الأحوط: أن يجعل عقدها موقوفًا على إجازة الولي؛ لدفع الضرر عن الأولياء، ثم الولي إن قصد دفع الضرر عن نفسه، فإن لم يكن كفئًا، صَحَّ فسخه، وإن كان كفئًا وقصد الإضرار بها، لا يصِحُّ فسخه، ويقوم القاضي مقامه في الإجازة، كما يقوم في إنشاء العقد إذا عضل الولي.

ومن العلماء من قال: إن كانت شريفة، لا يجوز تزويجها نفسها، وإن كانت فقيرة خسيسة، جاز، ومنهم من قال: لا يجوز إن كانت بكرًا، وإن كانت ثيبًا، يجوز.

وجه من شرط الولي: ما روي عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي عليه الصَّلاة والسَّلام: «**أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل**»[1]، وقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**لا نكاح إلَّا بولي**»[2]. [٧٨/ب]

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٦/١٦٥؛ وأبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢)، وقال: «هذا حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٨٧٩)؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ١/١٧٥؛ والدارقطني في سننه ٣/٢٢١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/١٠٥.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٥)؛ الترمذي (١١٠١)؛ وابن ماجه (١٨٨٠)؛ وأحمد في المسند ١/٢٥٠؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ١/١٧٦.

ولأبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وغير ذلك، وجواز النكاح بغير ولي، مروي عن عمر، وعلي، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، والأحاديث محمولة على الأمة، والمجنونة، والصغيرة، أو على الاستحباب، فالمستحب أن يباشر الوَلِيُّ دون المرأة، وتمام ذلك يعرف في «الأصل».

التوارث بموت أحد الزوجين قبل المرافعة: فيمن زوَّجت نفسها

إذا ثبت هذا، نقول: إذا مات أحدهما قبل المرافعة إلى القاضي، فإنهما يتوارثان، على قول أبي حنيفة ظاهر، وعلى قول أبي يوسف على الرواية الأولىٰ؛ فلأن عقدها صحيح في حقها، وإنما التَّوَقُّفُ لدفع الضرر عن الولي؛ ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولي، وعند محمد: لا يتوارثان.

وعلى هذا، لو ظَاهَرَ منها، أو آلىٰ منها، صحّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن طلقها ثلاثًا، لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

وعلى قول محمد: لا يقع الطلاق، ويكون ذلك ردًّا للنكاح، لكن يكره أن يتزوجها ثانيًا قبل أن تتزوج بغيره؛ لاختلاف العلماء، واشتباه الآثار.

وعلى قول مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء، سواء زوجت نفسها بإذن (وليها، أو أبيها، أو أمها)[١]، أو توكلت بالنكاح عن الغير[٢].

وكذا الصغيرة، والمجنونة، ينعقد النكاح بعبارتهما عندنا، حتىٰ لو تزوج الصغير أو الصغيرة، يتوقف على إجازة الولي، فإن أجاز، جاز عندنا، وكانت إجازته بمنزلة المباشرة، حتى كان لهما خيار البلوغ.

---

(١) في ب، د (وليها، أو ابنتها، أو أمتها).

(٢) انظر: الرسالة الفقهيَّة ص١٩٦؛ المهذب ٤/١١٨؛ رحمة الأمة ص٣٨٨.

وكذا لو لم [يعترض][١] الولي، حتى بلغ الصغير والصغيرة، فإنْ أجاز، جاز، ولا ينفذ بمجرد البلوغ، وعند الشافعي: بعبارتهما لا ينعقد[٢].

وحجتنا: ما ذكرنا في المسألة الأولىٰ.

وإذا ثبت أن جواز النكاح بغير ولي مختلف فيه، لا بدّ من معرفة الأولياء، فنقول: الولاية تثبت بأسباب: وأقواها المِلْك، وإنكاح المملوك لا يكون إلَّا لمالكه؛ لأن ولايته أعم من ولاية غيره؛ ولهذا يملك إجبار عبده على النكاح عندنا، وإجبار أمته عند الكل.

أسباب ثبوت الولاية: الملك

والعبد بين رجلين، لا يزوجه أحدهما، وكذلك الأمة؛ لأن النكاح لا يتجزأ، [فلا] يملكه بسبب يتجزأ: وهو الملك.

ولا يجوز للعبد أن يتزوج بغير إذن المولىٰ، خلافًا لمالك، وجه قوله: إنه يملك الطلاق، فيملك النكاح.

ولنا: [ظاهر] قوله تعالىٰ: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ [النحل: ٧٥].

العصوبة

ثم بعد الملك: العصوبة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**النكاح إلى العصبات**»[٣]، وقضيَّته: أن لا يكون لغيرهم ولاية عند قيام العصبة.

وللابن ولاية التزويج عندنا، وقال الشافعي: ليس للابن ولاية تزويج أمه المجنونة، إلَّا أن يكون من عشيرتها؛ لأن الولد جزء منها، وليس لها ولاية تزويج نفسها عنده، فكذلك لجزئها[٤].

---

(١) في أ (يتعرض)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: المنهاج ص٣٧٥.

(٣) الحديث أورده ابن حجر في الدراية، وقال: «لم أجده». الدراية ٢/ ٦٢.

(٤) انظر: المنهاج ص٣٧٦؛ رحمة الأمة ص٣٨٩.

ولنا : أنه عَصَبَة، فيكون داخلاً فيما روينا.

ثم اختلف أصحابنا في الابن مع الأب إذا اجتمعا للمجنونة، أيهما أحق بالتزويج، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الابن أولىٰ؛ لأنه مقدم في العصوبة، حتى كان الأب معه صاحب فرض: وهو السدس.

وقال محمد: الأب أولىٰ؛ لأنه يملك التصرف في المال والنفس، والابن لا يملك التصرف في مالها.

ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب.

وذكر الكرخي: أن هذا قول أبي حنيفة، أما عندهما: الجد مع الأخ [يستويان؛ لأن عندهما: الجدّ مع الأخ يشتركان] في الميراث، وكذلك في الولاية، والأَصَحُّ: أن هذا قول الكل؛ لأن الولاية تنبني على الشفقة، وشفقة الجد فوق شفقة الأخ؛ ولهذا لا يثبت خيار البلوغ في نكاح الجد، كما لا يثبت في نكاح الأب.

ثم أولادهم، ثم الأعمام، الأقرب فالأقرب على الترتيب المذكور في الميراث، ثم مولىٰ العِتَاقة؛ لأنه من العَصَبَةِ، ثم عَصَبَةُ مولىٰ العتاقة.

كل قريب يرث المزوَّجة -بعد العصبات-

ثم بعد العَصَبَاتِ: كل قريب يرث المزوجة، [يصحُّ تزويجه] في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة استحساناً، رجلاً كان أو امرأة: نحو الأم، وقومها، وقوم الأب إذا كانوا من ذوي الأرحام.

وروىٰ الحسن عنه: أنه لا يُزَوِّجُ الصَّغِيْرَةَ إلَّا العَصَبَةُ، وهذا قياس، وهو قول محمد، واضطربت الروايات عن أبي يوسف: في رواية كتاب النكاح: قوله مع أبي حنيفة، وفي رواية كتاب الولاء: مع محمد.

ومولى الموالاة على هذا الخلاف: له ولاية تزويج الصغير والصغيرة، إذا لم يكن لهما قريب في قول أبي حنيفة، وعلى قول محمد: ليس له ذلك؛ لأنه مؤخر عن ذوي الأرحام.

[٧٩/أ]

القاضي والسلطان والوصي

ثم القاضي والسلطان؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**السلطان ولي من لا ولي له**»[١].

والوصي ليس بولي، أوصىٰ إليه الأب بالنكاح أو لم يوص.

وقال مالك: إن أوصىٰ إليه، فهو ولي[٢]، وهكذا روىٰ هشام في «النوادر» عن أبي حنيفة.

وقال ابن أبي ليلىٰ: هو ولي في الوجهين.

ومذهبنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**النكاح إلى العصبات**»[٣]، والوصي إذا كان أجنبيًّا، فليس بعصبة.

وكذا لو كان الصغير أو الصغيرة في حجر رجل يعولهما، لا يملك تزويجهما؛ لأن حاله دون حال الوصي.

والفاسق يلي تزويج الصغير والصغيرة عندنا، خلافًا للشافعي[٤]، والصحيح مذهبنا؛ لأن الشفقة داعية إلى النظر.

---

(١) الحديث أخرجه الطبراني في الكبير، من حديث ابن عباس مرفوعًا، ١٤٢/١١؛ «وإن كان فيه الحجاج بن أرطأة، فقد أخرجه سفيان في جامعه ...»، كما قال الصنعاني في سبل السلام ٢٩٤/٣ (دار العاصمة).

(٢) انظر: الكافي فقه أهل المدينة ص٢٣٥.

(٣) سبق تخريجه ص٤٨١.

(٤) انظر: المهذب ١٢٢/٤.

وإذا اجتمع للصغير أو الصغيرة أخوان لأب وأم، فأيهما زوّج، جاز.

وقال مالك: لا يجوز ما لم يجتمعا[١]، كالموليين في العبد والأمة المعتقة.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا أنكح الوليان، فالأوَّل أحق**»[٢]؛ ولأن السبب في حقِّهما القرابة، وأنها لا تتجزأ قط، وما لا يتجزأ إذا تعلق بسبب لا يتجزأ، يتكامل كالأمان.

ولا ولاية للمملوك، والصبي، والمجنون، والكافر: على المسلمة؛ لأنها تستدعي كمال حال الشخص، وحالهم ناقص.

إنْ زوَّجها الأبعد والأقرب حاضر

وإن زَوَّجَها الأبعد والأقرب حاضر، يتوقف على إجازة الأقرب؛ لأن الأبعد كالأجنبي عند حضرة الأقرب، وإن كان الأقرب غائبًا غيبة منقطعة، فللأبعد أن يزوج عندنا، وقال الشافعي: يزوجها السلطان[٣]، وقال زفر: لا يزوجها أحد حتى يحضر الأقرب أو وكيله.

فإن زَوَّجَها الأقرب حيث هو: لا رواية فيه، واختلف المشايخ فيه، والمسألة معروفة.

الغيبة المنقطعة

وتكلموا في الغيبة المنقطعة، أشار هاهنا إلى أن أدنىٰ مدة السفر يكفي للانقطاع، وإلى هذا أشار محمد بن مقاتل الرازي، وسفيان الثوري، وأبو عصمة سعد بن معاذ المروزي، وغيرهم؛ لأنه لا نهاية للأقصىٰ، فيتعلق الحكم بالأدنىٰ.

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ص٢٣٣.

(٢) قال ابن الملقن: «رواه الحاكم، وهو صحيح على شرط البخاري»، ثم قال: «رواه الثلاثة من رواية سمرة أيضًا، قال الترمذي: حسن ...»، خلاصة البدر المنير ١٩١/٢. انظر: التلخيص ١٦٥/٣.

(٣) انظر: المهذب ١٢٤/٤.

وعن أبي يوسف روايتان: في رواية قال: من جابَلْقَاء إلى جابَلْسَا، وهما قريتان إحداهما بالمغرب والأخرىٰ بالمشرق، وفيه إشارة إلى أنه لا تثبت الولاية للأبعد كما قال زفر، وفي رواية أنه قال: من بغداد إلى الرَّيْ.

وعن محمد: من الكوفة إلى الري، وفي رواية: قدر بمسيرة شهر.

ومن المشايخ من قال: الغيبة المنقطعة: أن لا يوقف على إثره، بأن كان جَوَّالاً من موضع إلى موضع، أو يكون مفقودًا، وإلى هذا مال القاضي الإمام علي السَّغدي، حتى قال: لو كان [مختفيًا] في البلدة، لا يوقف [على أثره][1]، تكون غيبة منقطعة.

ومنهم من قال: إذا كان بحال لو انتظر حضوره، أو استطلاع رأيه، يفوت هذا النكاح، والكفء الخاطب، فهي منقطعة، وإن كان لا يفوت، فليست بمنقطعة، وعليه أكثر المشايخ، منهم: الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي.

انعقاد النكاح بلفظ غير النكاح والتزويج

وكما لا ينعقد النكاح عند الشافعي بعبارة النساء، وعبارة الصبيان، والمجانين، لا ينعقد إلَّا بلفظ النكاح والتزويج[2]، وعندنا: ينعقد بالنكاح والتزويج، وبكل لفظ يفيد ملك الرقبة: نحو البيع، والهبة، والصدقة.

له: أن هذا عقد وضع للانضمام والازدواج، فلا ينعقد إلَّا بلفظ يدل عليه: وهو النكاح، والتزويج، ولهذا لا ينعقد بهما شيء من عقود التمليكات.

---

(١) العبارة في أ (لو كان مجتمعًا في البلدة، لا يوقف عليه مستخفيًا، هو الصحيح)، والمثبت من سائر النسخ.

(٢) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٣/١١٣.

ولنا: أن نكاح النبي عليه الصلاة والسلام انعقد بلفظ الهبة[1]، فكذلك نكاح أمَّتِه؛ ولأنَّ ما كان سببًا لملك الرقبة، كان سببًا لملك المتعة، فيعبر بها عن النكاح مجازًا، ومن المشايخ من قال: بما سوىٰ الهبة لا ينعقد، والأصح ما قلنا.

ورویٰ إبراهيم بن رستم عن محمد أنه قال: كل لفظ يقع به ملك الرقبة، ينعقد به النكاح، وما لا يقع به ملك الرقبة، لا ينعقد به النكاح.

لا ينعقد النكاح بلفظ: الإعارة والإباحة

وأجمعوا: على أنه لا ينعقد بلفظ الإعارة، والإباحة، والإحلال، والمتعة.

وأما بلفظ الإجازة، حكي عن الكرخي أنه قال: ينعقد؛ لأن المملوك بالنكاح منفعة البضع، والإجارة وضعت لتمليك المنفعة، والأَصَحُّ: أنه لا ينعقد؛ لأن الإجارة ما وضعت لتمليك منفعة البضع، وإنما وضعت لتمليك المنفعة مؤقَّتًا، والنكاح لا ينعقد إلَّا مؤبدًا.

ولا ينعقد بلفظ الوصية؛ لأنها وضعت للتمليك مضافًا إلى ما بعد الموت، ولو صرّح بإضافة النكاح إلى ما بعد الموت، لا يصح.

[٧٩/ب] وأما لفظة القرض، لم نذكرها، وحكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد أنه قال: في قياس قول أبي حنيفة ومحمد: ينعقد النكاح؛ لأن عندهما لفظة القرض تفيد الملك، بمنزلة الهبة، وفي قياس قول أبي يوسف: لا ينعقد؛ لأن عنده لا تفيد الملك.

ولو قال لها: أتزوجك بكذا، فقالت: قد فعلت، فهو بمنزلة قولها: تزوجتك؛ لأنها أخرجته مخرج الجواب، فتضمن إعادة الأول.

---

(١) لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

لو قال: جئتك خاطبًا فقالت: قد فعلت

وذكر في «النوادر»: لو قال: جئتك خاطبًا، فقالت: قد فعلت، أو زوجتك نفسي، كان نكاحًا، وكذا لو قال: خطبتك إلى [نفسك][1] على ألف درهم، فقالت: زوجتك نفسي، فهو نكاح، وكذا لو قال: زَوِّجِي نفسك مني، فقالت: زوّجت، تمّ النكاح.

فرق بين هذا وبين البيع: لو قال لغيره: بع عبدك مني بألف درهم، فقال: بعت، لا ينعقد البيع ما لم يقل: قبلت، أو اشتريت.

ووجه الفرق: أن البيع يقع بغتةً وفلتةً، فقوله: «بعني!»: يكون استيامًا عادة، فلا بد من الإيجاب والقبول، أما النكاح قلَّ ما يقع بغتة، فقوله: «زوجيني!»، يكون أحد شطري العقد؛ ولأن قوله: «زوجيني نفسك»: تفويض العقد إليها، وكلام الواحد يكفي لانعقاد النكاح، بخلاف البيع.

لو كتب إليها في كتاب: زوجيني نفسك

وكذا لو أرسل إليها رسولاً، أو كتب إليها في كتاب: «زوجيني نفسك!»، فقالت المرأة: زوجت نفسي من فلان، بحضرة شاهدين، سمعا كلام الرسول، أو قرأت كتاب الغائب عليها، أو قالت: كتب إليَّ فلان يخطبني، فاشهدوا أنِّي زوَّجت نفسي منه، يَصِحّ؛ لأن الكتاب ممن نَأىٰ كالخطاب ممن دنا.

ولو بلغها الكتاب، فقالت بين يدي الشهود: زوجت نفسي من فلان، لا ينعقد؛ لأن سماع الشهود كلام العاقدين، شرط لجواز النكاح، وإنما سمع الشهود كلامها، لا كلام الغائب، حتى لو كان [ذلك] في البيع فقال المكتوب إليه: بعت، ينعقد؛ لأن الشهود ليس بشرط للبيع، بخلاف النكاح، وبخلاف الفصل الأول؛ لأنَّ ثَمَّةَ سمعوا كلام الغائب بإسماعها إياهم: إما بقراءة الكتاب، أو بالعبارة عن الغائب.

وكذا لو وكَّل الغائب رجلاً بكتاب كتبه إليه حتى يزوجها منه، صحّ ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أن الكتاب من الغائب، بمنزلة الخطاب من الحاضر. والله تعالىٰ أعلم.

---

(١) في أ (نفسي)، والمثبت من ب، د.

بَابُ
الوَكَالَةِ فِيْ النِّكَاحِ

قال: اشهدوا أنِّي قد تزوجت فلانة وهي غائبة

(رجل قال : اشهدوا أني قد تزوجت فلانة، وهي غائبة، فبلغها، فأجازت، فهو باطل، وكذا لو قالت المرأة بين يدي الشهود : اشهدوا أني زوّجت نفسي من فلان الغائب، فبلغه الخبر، فأجاز، لا يجوز).

ولو قبل فضولي عن الغائب في الوجهين، يتوقف على إجازة الغائب في قول أصحابنا، خلافًا للشافعي.

(وقال أبو يوسف : إذا زوّجت نفسها غائبًا وبلغه، فأجاز جاز).

وعلى هذا الخلاف: إذا تولىٰ الفضولي طرفي العقد، فبلغهما، فأجازا، لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف.

الواحد يصلح وكيلاً في النكاح من الجانبين

أجمع أصحابنا: أن الواحد يصلح وكيلاً في النكاح من الجانبين، ووليًّا من الجانبين، ووليًّا من جانب، أصيلاً من جانب، ووكيلاً من جانب، أصيلاً من جانب آخر، ووليًّا من جانب، وكيلاً من جانب.

الواحد يصلح فضوليًّا في النكاح من الجانبين

أمَّا الواحد، هل يصلح فضوليًا من الجانبين، أو وليًّا من جانب فضوليًّا من جانب، أو أصيلاً من جانب وفضوليًّا من جانب، أو وكيلاً من جانب وفضوليًّا من جانب، حتى يتوقف العقد على الإجازة؟ عند أبي حنيفة ومحمد: لا يصلح، وعند أبي يوسف: يصلح؛ لأبي يوسف: أن في باب النكاح، كلام

الواحد يقوم مقام كلامين، وشخصه مقام شخصين، حتى لو كان مأمورًا ينفذ، فإذا كان فضوليًّا، يتوقف، كما في الخلع والطلاق بمال، حتى لو خلعها وهي غائبة، يتوقف على قبولها في مجلس عِلْمها، فكذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن كلام الواحد شطر العقد، ألا ترىٰ أن صاحبه لو كان حاضرًا، كان شطرًا، حتى يملك الرجوع عنه قبل القبول، فكذلك إذا كان غائبًا، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، كما في البيع والإجارة.

بخلاف ما لو باشر العقد بحكم الولاية والأمر، بأنْ زوج ابنة عمه وهي صغيرة من نفسه، أو وكلته امرأة بأن يزوجها من نفسه، ففعل؛ لأن حقوق العقد في النكاح لا ترجع إلى العاقد، فينزل كلامه بحكم الولاية والأمر منزلة كلامين، وشخصه مقام شخصين، فإذا انعدمت الولاية والأمر، يجب اعتبار الحقيقة.

بخلاف الخلع والطلاق بمال؛ لأن الخلع والطلاق بمال يمين من قِبَلِ الزوج، بدليل أنه لا يملك الرجوع قبل القبول، واليمين يتم بالواحد.

[٨٠/أ]

رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوّجه امرأتين

(**رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوَّجه امرأتين في عقدة، لا تلزمه واحدة منهما**)؛ لأنه لا وجه لإلزامهما جميعًا؛ لأنه فضولي في إحداهما، ولا وجه لإلزام إحداهما عينًا؛ لعدم الأولية، ولا وجه لإلزام إحداهما من غير عين، ويتعين عند البيان؛ لأن فيه تعليق بالبيان، والنكاح لا يحتمل ذلك؛ لأنه تمليك.

وعن أبي يوسف: أنه يصح نكاح إحداهما، والبيان إلى الزوج إذا لم يكن بين المرأتين قرابة، حتى لو اختار الزوج واحدة منهما، لزمه، وبطل نكاح الأخرىٰ.

إن مات الزوج قبل أن يختار

وإن مات الزوج قبل أن يختار، كان المهر والميراث بينهما، وعلى كل واحدة منهما عِدَّة الوفاة؛ لأنه وكيل في إحداهما، فيلزمه، ويجوز أن تكون إحداهما منكوحة غير معلومة، تتعيَّن عند البيان، كما لو طلّق إحدىٰ امرأتيه ثلاثًا.

قال شمس الأئمة السرخسي: وهو قول أبي يوسف الأول، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط؛ لأنه تمليك مبتدأً، وما لا يحتمل التعليق بالشرط، لا يثبت في المجهول؛ لأنه تعليق بالبيان، بخلاف الطلاق؛ لأنه يحتمل التعليق، فيصح في المجهولة.

أمير أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوّجه أمة لغيره

(أمير أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوَّجه أمة لغيره، جاز، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، إلَّا أن يزوجه كفئاً له).

لهما: أن التوكيل المطلق ينصرف إلى المتعارف، كالتوكيل بالشراء.

ولأبي حنيفة: أن الأمر مطلق، فيجري على إطلاقه، كأوامر الشرع، ولا يخصصه إلَّا في موضع التهمة والضرورة، ولو زوّجه أمة نفسه، لا يجوز؛ لمكان التهمة.

***

بَابُ النِّكَاحِ الفَاسِدِ

معرفة النكاح الفاسد، لا تحصل إلَّا بمعرفة المُحَرَّمَات، والأصل في معرفة المحرمات: قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ...﴾ الآية [النساء: ٢٣]، قال ابن عباس رضي الله عنه: سبعة بالنسب، وسبعة بالسبب.

المحرمات: سبعة بالنسب وسبعة بالسبب

أما النسب: فمنها: الأُمُّ حرام بنص الكتاب، وكذا الجدات وإن عَلَوْن، مِنْ قِبَلِ الأب أو من قبل الأم: إما بدلالة الإجماع، أو بنص الكتاب؛ لأن أم الشيء أصله، والجدة أصله.

النسب: الأم، البنت، الأخت، العمّات، الخالات

ومنها: البِنْتُ حرام بنص الكتاب، وبنت البنت، وبنت الابن وإن سَفُلَتْ، حرام بدلالة الإجماع؛ ولأن اسم البنت يتناولها مجازًا.

ومنها: الأُخْتُ حرام بنص الكتاب: سواء كانت لأب وأم، أو لأب، أو لأم؛ ولأن الاسم يتناول الكل حقيقة.

ومنها: العَمَّات حرام بنص الكتاب، سواء كنَّ لأب وأم، أو لأب، أو لأم.

وكذا الخَالَات مِنْ قِبَلِ الوجوه الثلاثة، وبنات الأخ، وبنات الأخت من الوجوه الثلاثة، حرام بنص الكتاب، وكذلك نوافلهما.

السبب: الأمهات من الرضاعة والأخوات من الرضاعة

وأما السبعة من جهة السبب: الأُمَّهَاتُ من الرِّضَاعَة، والأَخَوَات من الرِّضَاعَة من الوجوه الثلاثة عندنا، وكذا لا يحل له أن يتزوج منكوحة أبيه أو ابنه من الرضاع عندنا[١].

فالحاصل: أنه يثبت بالرضاع من الحرمة، ما يثبت بالنسب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»[٢]، إلَّا في مسألتين: لا يجوز للرجل أن يتزوج أخت ولده من النسب، ويجوز أخت ولده من الرضاع؛ لأن في الصورة الأولىٰ: إنما ثبتت الحرمة؛ لأنها ولد موطوءته، فتحرم بذلك لا بالنسب.

والثانية: لا يتزوج أم أخته من النسب، ويتزوج بأم أخته من الرضاع؛ لأن المانع في الأولىٰ: وطء أبيه إياها.

قليل الرضاعة وكثيره

وقليل الرضاع وكثيره سواء عندنا إذا حصل في وقته، فوصل اللبن إلى جوفه من ثديٍ أو ظَرْفٍ، والمرضعة بكر أو ثيب، لها زوج أو لم يكن، حيَّة كانت أو ميتة.

احتقن الصَّبيّ باللَّبن

وإن احتقن الصبي باللَّبن، لم يكن رضاعًا؛ لأنه لا يحصل به التربية، فلا تثبت الحرمة، كما لو أقطر في إحليله، أو داوىٰ جائفة، أو آمَّة، وعند محمد في الاحتقان: تثبت الحرمة، كما تثبت بالسَّعُوْط والوَجُور.

---

(١) لِمَا في آية المحرمات، قوله عز وجل: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾ [النساء: ٢٣].

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٠٢)؛ وأحمد في المسند ١٠٢/٦، وأصحاب السُّنن.

وقت الرضاع

ووقت الرضاع في قول أبي حنيفة: مقدر بحولين ونصف، وعند صاحبيه: مقدَّر بحولين؛ لهما: قوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**لا رضاع بعد الحولين**»(١).

ولأبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿**وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا**﴾ [الأحقاف: ١٥]، وقضيَّته: هذا أن يكون في جميع المذكور مدة لكل واحد منهما، وإنما عرفنا هذا؛ لأن مدة الحمل لا تكون أكثر من سنتين، بدليل آخر، فبقي مدة الفصال على ظاهره.

فإن فطم الصبي قبل الحولين، ثم أرضعته في مدة ثلاثين شهرًا عند أبي حنيفة، أو في الحولين عندهما، كان ذلك رضاعًا عند الكل في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة: هذا إذا كان لا يستغني بالطعام عن اللبن، فأما إذا كان يكتفي بالطعام، لم يكن ذلك رضاعًا.

إن اختلط اللبن بغيره

وإن اختلط اللبن بغيره، إن اختلط اللبن بالطعام، لا يتعلق به الحرمة غالبًا، كان الطعام أو لم يكن، مسّته النار أو لم تمسّه، عند أبي حنيفة؛ لأنه [٨٠/ب] يكون تبعًا للطعام، وعندهما: إن مسّته النار فكذلك، أو كان الطعام غالبًا بحيث لو رفعت اللقمة لا يتقاطر منها اللبن؛ لأن العبرة للغالب، كاللبن يختلط بالماء، وثَمَّ عندنا: يعتبر الغالب، كذلك هاهنا.

وإن خلط اللبن بالدواء، أو بالدهن، أو بالنبيذ، واللبن غالب، تثبت الحرمة؛ لأن اللبن غالب، فلا يتغير حكمه، وإن كان اللبن مغلوبًا؛ لا تثبت الحرمة؛ لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالعدم.

---

(١) «أخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن عدي، وقالا: إن الهيثم بن جميل تفرَّد برفعه عن ابن عيينة، إن أصحاب ابن عيينة وقفوه، وهو الصواب، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وسعيد بن منصور»، الدراية ٦٨/٢.

لو اختلط لبن المرأتين

وكذا لو اختلط لبن المرأتين، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: العبرة للغالب لِمَا قلنا، وعند محمد وزفر: يثبت الرضاع منهما؛ لأن الشيء لا يصير مستهلكًا بجنسه.

المحرّمات بالسّبب: أم المرأة، الرّبيبة، حليلة الابن

ومن المُحَرَّمَاتِ بالسَّبَبِ: أُمُّ المرأة، دخل بامرأته أو لم يدخل، حرام عندنا؛ لإطلاق النص(١).

ومنها: الرَّبِيْبَةُ إذا دخل بأمها؛ لنص الكتاب(٢)؛ ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**من تزوّج امرأة، حرمت عليه أمها، دخل بها أو لم يدخل، وحرمت عليه ابنتها إن دخل بها، سواء كانت في حجره أو لم تكن**»(٣).

ومنها: حَلِيْلَةُ الابن وإن سفل، ومنكوحة الأب والجد وإن علا.

الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها وخالتها

والجمع بين الأختين، وكما لا يجوز الجمع بين الأختين، لا يجوز الجمع بين ذاتي رَحِمٍ بنسب أو رضاع، لو كانت إحداهما رجلاً والأخرىٰ امرأة، لا يجوز النكاح بينهما.

ولا يحل له أن يجمع بين المرأة وابنتها، وبين عمتها وخالتها؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها**»(٤).

حد ملء الفم

---

(١) لقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿**وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ**﴾ [النساء: ٢٣].

(٢) لقوله تبارك وتعالىٰ: ﴿**وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ**﴾ [النساء: ٢٣]

(٣) أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدِّه، وقال: «هذا حديث لا يصحّ من قِبَلِ إسناده، إنما رواه ابن لهيعة، والمثنّىٰ بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، وهما يُضعَّفان في الحديث»، مشكاة المصابيح ٢/٩٥؛ البدر المنير ٧/٥٩٦.

(٤) أخرجه البخاري (٤٨١٩)؛ ومسلم (١٤٠٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ويجوز الجمع بين المرأة وبين بنت زوج كان لها قبله؛ لِمَا روي عن عبد الله بن جعفر: أنه جمع بين امرأة عَلِيٍّ وبين ابنته.

إنْ تزوَّج بإحدى الأختين ثم بالأخرى

فإن تزوج بإحدى الأختين، ثم تزوج بالأخرىٰ، فسد نكاح الثانية؛ لأن نكاح الأولىٰ صحيح، فلا يصح نكاح الثانية.

وإن دخل بالثانية، فلها الأقل من مهر مثلها ومن المسمّىٰ؛ لأن الوطء الحرام لا يخلو: عن غرامة أو عقوبة، وقد انتفت العقوبة لمكان شبهة العقد، فتعينت الغرامة: وهو مهر المثل.

وإنما يجب الأقل من مهر المثل؛ لأنها رضيت بالأقل من مهر المثل، فالشرع أبطل الزيادة على مهر المثل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها مهر مثلها**»[1]، وعند زفر: يجب مهر المثل بالغًا ما بلغ بظاهر الحديث.

وعليها العِدَّة بثلاث حِيَضٍ من حين فرّق بينهما عندنا؛ لأن التفريق أقيم مقام الطلاق، وعند زفر: تجب العدة من آخر الوطئات اعتبارًا للسبب: وهو الوطء.

من المحرمات: منكوحة الغير

ومن المحرمات: منكوحة الغير؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]، أي: المنكوحات، وكذلك معتدة الغير؛ لأنها منكوحة معنًى.

ثبوت حرمة المصاهرة بالحرام

وكما تثبت حرمة المصاهرة بالنكاح والوطء الحلال، تثبت بالزنا والوطء عن شبهة، وعند الشافعي: لا تثبت بالزنا، وله في ابنة الملاعنة التي لم يدخل بالأم قولان[2]، والمسألة معروفة.

---

(١) سبق تخريجه ص٤٧٩.

(٢) انظر: المهذب ٤/١٤٧؛ العزيز في شرح الوجيز ١٣/٣٤٣.

المسّ والقُبلة في التحريم

والمَسُّ والقُبْلَةُ والنظر إلى الفرج عن شهوة، في التحريم بمنزلة الوطء، هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه[١]، سواء كان في الملك أو في غيره، وُجِدَ المس والتقبيل من الرجل أو المرأة؛ ولأنه سبب الوطء، فيقوم مقامه.

وقال ابن أبي ليلىٰ والشافعي: حرمة المصاهرة لا تثبت بالدواعي، كما لا تثبت بالتفكر[٢].

النظر إلى الفرج الذي يتعلق به الحرمة

وتَكَلَّمُوْا في النظر إلى الفرج الذي يتعلق به الحرمة عندنا، قال أبو يوسف: النظر إلى منبت الشعر يكفي لثبوت حرمة المصاهرة، وقال محمد: لا تثبت حرمة المصاهرة حتى ينظر إلى الشق، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الحرمة لا تثبت إلَّا بالنظر إلى الفرج الداخل، وإنما يكون ذلك إذا كانت مُتَّكئة، فأما إذا كانت قاعدة مستوية، أو قائمة، فنظر إلى فرجها، لا تثبت حرمة المصاهرة.

المسّ عن شهوة

وذكر في الكتاب: المسّ عن شهوة، ولم يذكر حَدَّ الشهوة، وذكر القُمِّي عن أصحابنا: أنَّ حَدَّ الشهوة: أن تنتشر آلته إن لم تكن منتشرًا قبل ذلك، وتزداد قوة وشدَّة إن كان منتشرًا قبل ذلك، وإن كان شيخًا أو عِنِّيْنًا، فحد الشهوة: أن يتحرك قبله بالاشتهاء إن لم يكن متحركًا قبل ذلك، أما مجرد الاشتهاء بالقلب، لا يعتبر، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي.

وحكي عن الشيخ الفقيه الإمام محمد بن إبراهيم الميداني: أنه كان يميل إلى هذا، سئل عن رجل انتشرت آلته، فأولجها بين فخذي ابنة امرأته، فقال: إن ازداد انتشاره، تحرم الأم، وإلَّا فلا.

---

(١) روىٰ سعيد بن منصور في سننه عن إبراهيم، ١٢٢/٢؛ وروىٰ نحوه محمد عن مسروق، كما في كتاب الآثار ص٩٤.

(٢) انظر: المصدر السابق ١٤٦/٤.

يتزوّج امرأة وأختها في عدته

[٨١/أ]

ولا يحل أن يتزوج امرأة وأختها في عدته، بنكاح جائز أو فاسد، عن طلاق بائن أو غير بائن، وقال الشافعي: إن طلقها ثلاثًا، أو خالعها، كان له أن يتزوج أختها في العدة؛ لأن نكاح الأولىٰ ارتفع من كل وجه[١]، ولهذا لو [وَطَئها] وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، حُدّ، فيجوز نكاح الثانية، كما لو تزوجها بعد انقضاء العدة.

ولنا: أن العدة حق من حقوق النكاح، فتعمل عمل النكاح في إثبات الحرمة، وعن عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم على شيء، كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت[٢]، وعلى محافظة الأربع قبل الظهر، والمسألة في المختلف.

نكاح الخامسة والكافرة -المجوسية والصائبة-

وكذا نكاح الخامسة في عدة الرابعة، والعبد فيما زاد على المرأتين بمنزلة الحُرِّ في الزيادة على الأربع.

ولا يحل نكاح الكافرة، حرّة كانت أو أمة، إلَّا الكتابية؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّۚ**﴾ [البقرة: ٢٢١]، أما الكتابية؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿**وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ**﴾ [المائدة: ٥]، ويجوز نكاح الكتابية على المسلمة، والمسلمة على الكتابية، وهما في القَسْم سواء؛ لاستوائهما في محلية النكاح.

والمجوس لا كتاب لهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**سُنُّوا بالمجوس سنّة أهل الكتاب، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم**»[٣].

---

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٣/٣٥٣.

(٢) أورده السرخسي في المبسوط ٤/٢٠٢.

(٣) «رواه الطبراني، وفيه من لم أعرفهم»، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/١٣.

والصابئات كالكتابيات في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه: كالمجوسيات.

عند أبي حنيفة: هم قوم من النصارىٰ يقرؤون الزبور، ويعظمون بعض الكواكب تعظيم القبلة، وهكذا عن علي رضي الله عنه، وعندهما: يعبدون الكواكب، فكانوا كالمشركين(١).

نكاح المسلمة لكافر

ولا يحل نكاح المسلمة لكافر ما؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

زواج المرتد والمرتدة

ولا يجوز للمرتد أن يتزوج امرأة مسلمة، ولا كافرة، وكذا المرتدة، لا يحل نكاحها لأحد: أما المرتد؛ فلأنه مستحق الإفناء، فلا يشرع في حقه ما شرع للبقاء، وأما المرتدة؛ فلأنها مأمورة بالتأمل لتعود إلى الإسلام، ممنوعة عن الاشتغال بشيء آخر.

جئنا إلى مسائل الكتاب:

تزوج امرأة وبها حبل من الزنا

(رجل تزوج امرأة وبها حبل من الزنا، لم يثبت نسبه من إنسان، فالنكاح جائز، ولا يطؤها حتى تضع حملها، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: النكاح فاسد).

لأن النكاح شُرِع للتَّوالد والتَّناسل، ومحل الحرث(٢) هاهنا مشغول بولد محترم في نفسه، حتى لا يحل إسقاطه، فلا يجوز النكاح، كما لو كان الحمل ثابت النسب من غيره.

---

(١) ذكره الجصاص في أحكام القرآن ٣٢٨/٣؛ وابن حزم في الفصل في الملل ٦/٤.
(٢) في ج (الولد).

ولهما: أن النكاح شرع لإثبات الفراش، فإذا صدر من أهله مضافًا إلى محل ليس بفراش لغيره، فقد صدر من أهله مضافًا إلى محله، فيصح، وإنما لا يحل وطؤها حتى تضع؛ كيلا يصير ساقيًا ماءه زرع غيره، بخلاف ما إذا كان الحمل ثابت النسب.

رجل تزوّج امرأة من السبي حاملاً

(**رجل تزوّج امرأة من السبي حاملاً، لا يصح هذا النكاح**)؛ لأن هذا الحمل ثابت النسب من زوجها الحربي؛ لأن النسب يثبت في دار الحرب، كما يثبت في دارنا.

(**رجل زوّج أم ولده وهي حامل منه، فالنكاح باطل**)؛ لأنها فراش لمولاها، حتى لو جاءت بولد يثبت النسب من غير دعوىٰ، فلا يصح نكاحها، وإن لم تكن حاملاً، صحّ نكاحها.

ولا يقال: إذا كانت فراشًا له، حتى يثبت النسب من غير دعوىٰ، ينبغي أن لا يصح؛ لأنا نقول: فراشها ضعيف، حتى ينتفي الولد عنه بمجرد النفي من غير لعان، فلا يمنع ما لم يتصل به الحمل؛ إظهارًا لانحطاط رتبة هذا الفراش عن [فراش] المنكوحة.

رجل تزوّج أختين في عقدتين لا يدري أيهما الأولى

(**رجل تزوّج أختين في عقدتين [متفرِّقتين]، لا يدري أيتهما الأولىٰ، فرّق بينه وبينهما، وعليه نصف المهر بينهما**)، أما التفريق؛ فلأن النكاح الثاني باطل؛ لِمَا قلنا من حرمة الجمع بين الأختين، فلو لم يفرق بينهما، تبقى المنكوحة معلقة مظلومة، لا ذات بَعْلٍ، ولا مطلقة، فيفرق بينه وبينهما، وعليه نصف المهر؛ لأن الفرقة حصلت بسبب مضاف إلى الزوج: وهو التجهيل، فيجب نصف المهر، وليست إحداهما باستحقاق ذلك أولىٰ من الأخرىٰ، فيكون بينهما.

أو نقول: كل واحدة منهما، إن كانت سابقة، كان لها نصف المهر، وإن كانت متأخرة، فلا شيء لها، فيكون لكل واحدة منهما ربع المهر، قيل: هذا إذا ادعت كل واحدة منهما أنها هي الأولىٰ، فإن قالتا: لا ندري أيّ النكاحين كان أولاً، لا يقضىٰ بشيء ما لم يصطلحا؛ لأن الحق وجب للمجهولة، فلا بدّ من الدعوىٰ، أو الاصطلاح ليقضىٰ لهما.

طلّق امرأته الحرة طلاقًا بائنًا، فتزوّج بأمة وهي في العدة

(**رجل طلق امرأته الحرة طلاقًا بائنًا، فتزوج أمة وهي في العدة، لا يجوز في قول أبي حنيفة، وقال صاحباه: يجوز**)؛ لأن الحرام: نكاح الأمة على الحرة، دون الجمع؛ ولهذا لو تزوج حرّة على أمة، جاز، ونكاح الأمة على الحرة: إدخال الأمة عليها في القَسْم والفِرَاش، وذلك لا يكون بعد الطلاق [٨١/ب] البائن؛ ولهذا لو قال لامرأته: إن تزوجت عليك، فالتي أتزوجها عليك طالق، فطلقها طلاقًا بائنًا، ثم تزوج امرأة في عدتها، لا يقع الطلاق على التي تزوج، فلا يمتنع نكاح الأمة، كما لو وطأ الحرة بشبهة نكاح، ثم تزوج أمة في عدتها، فإنه يجوز.

ولأبي حنيفة: أن المنع عن نكاح الأمة، كان ثابتًا قبل الطلاق، فيبقىٰ ببقاء العدة، كالمنع عن نكاح الأخت [في عدَّة الأخت]، ونكاح الخامسة، وكما لو كان الطلاق رجعيًّا؛ لأن العدة لها حكم النكاح، والثابت بيقين لا يبطل بالشَّكِّ، بخلاف مسألة اليمين؛ لأن المقصود من اليمين صيانتها عن الوحشة، وإنما تلحقها الوحشة بإدخال من يزاحمها في القَسْمِ والفِرَاشِ، فيتقيد ذلك حال الحِلّ[1].

---

(١) في ب (إدخال الحِلِّ)، وفي د (بحال قيام الحِلِّ)

تزوّج امرأة بشاهدين عشرة أيام

(رجل تزوّج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام، فالنكاح باطل)، وقال زفر: النكاح جائز، ولا تكون المتعة إلَّا بلفظ المتعة؛ لأنه أتىٰ بالنكاح، وأدخل فيه شرطًا فاسدًا: وهو التوقيت، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، فيصح النكاح، ويبطل الشرط، كما لو تزوجها بشرط الخيار.

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «**لا أؤتىٰ برجل تزوج امرأة إلى شهر، إلَّا رجمته، ولو أدركته ميتًا لرجمت قبره**»[1]، والمعنىٰ فيه: أنه أتىٰ بالنكاح لفظًا، وبالمتعة معنًى؛ لأن النكاح يُعقَد للازدواج وطلب الولد، والمتعة للاستمتاع لا غير، والعبرة للمعنىٰ، ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصل: حوالةً، والحوالة بشرط عدم براءة الأصل: كفالةً؛ اعتبارًا للمعنىٰ، وإذا اعتبر المعنىٰ، كانت متعة، والمتعة منسوخةٌ.

فإن ذكرا وقتًا لا يعيشان إلى ذلك غالبًا، فكذلك في ظاهر الرواية؛ لأن النكاح لم يشرع إلَّا مؤبَّدًا، فلا يصح مؤقَّتًا، طالت المدة أو قصرت.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنهما إذا وقَّتا وقْتًا لا يعيشان إلى ذلك، يصحّ؛ لأنه تأبيدٌ معنًىٰ، كما لو تزوجها إلى أن تموت المرأة والرجل.

تزوّج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرةُ الصغيرةَ

(رجل تزوج كبيرة وصغيرة، ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الكبيرة الصغيرة، وقد علمت الكبيرة أن الصغيرة امرأته، فقد وقعت الفرقة بينه وبينهما، وللصغيرة نصف المهر).

أمَّا وقوع الفُرْقَة؛ فلأنهما صارتا أُمًّا وبنتًا، ففسد نكاحهما؛ لتعذُّر الجمع بينهما.

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٤٧/٩؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢١/٥؛ تخريج الأحاديث والآثار ٣٠٢/١.

(ولا مهر للكبيرة)؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول، تعمَّدت الفساد أم لا، وللصغيرة نصف المهر؛ لأن الفرقة حصلت من جهة غيرها، وارتضاعها لا يبطل حقها؛ لأن فعل الصغير لا يبطل حق الصغير؛ ولهذا لو قتل الصغير مُورِثه، لا يحرم الميراث؛ ولأنها مجبورة على الإرضاع طبعًا، والكبيرة مختارة في الإرضاع، فأُضيف إلى الكبيرة، كمن ألقىٰ حيّة على إنسان حتى لَسَعَتْه، ضمن الملقي؛ لِمَا قلنا.

(ولا يرجع الزوج على الكبيرة إن لم تتعمَّد الفساد)، بأن لم تعلم نكاح الصغيرة، أو علمت لكنها خافت عليها الهلاك من الجوع؛ لأنها مسبِّبةٌ، وليست بمباشرة، وضمان التسبُّب يعتمد التعدِّي.

وكذا لو علمت بنكاح الصغيرة، ولم تعلم بفساد النكاح؛ لأن الجهل بالأحكام وإنْ كان لا يعتبر عذرًا في دار الإسلام، فمع الجهل لا تكون متعمِّدةً للفساد، فلا تضمن.

وإن تعمَّدت إفساد النكاح لا صيانة الصغيرة، رجع الزوج عليها بما غَرِم من نصف المهر؛ لأنها أكّدت عن قصدٍ ما كان على شرف السقوط، وللتأكيد حكم الإيجاب.

وعن محمد: أنه يرجع بنصف المهر عليها على كل حال؛ لأن التسبُّب في غير الملك، بمنزلة المباشرة، وبالمباشر يضمن، متعديًا[1] كان أو لم يكن، فكذلك بالتسبُّب: كمن حفر بئرًا في دار الغير بغير أمره، فإنه يضمن.

وأصل هذا: فيمن فتح باب القفص حتى طار الطير [في فوره]، عندهما: لا يضمن، وعند محمد: يضمن.

---

(١) في د (متعمدًا).

امرأة ادَّعت على رجل نكاحًا، وأقامت بينة

(امرأة ادَّعَت على رجل نكاحًا، وأقامت على ذلك بيّنة، ولم يكن تزوجها، فجعلها القاضي امرأته، [وسعها المقام معه][1]، ولها أن تَدَعَه يجامعها) فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وهذا قول أبي يوسف الأول.

وفي قوله الآخر، وهو قول محمد والشافعي: لا ينعقد النكاح بينهما بقضاء القاضي، ولا يَسَعه أن يطأها.

وجه قولهم: أن المدعي طلب منه القضاء بنكاح سابق، لا إنشاء النكاح، والقاضي قضىٰ بذلك، فلا ينعقد النكاح بينهما، ولا ينفذ قضاؤُه، كما في الأملاك المرسَلة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف الأول: «**ما روي أن رجلاً ادعىٰ على امرأة نكاحًا بين يدي علي رضي الله عنه، وأقام شاهدين، فقضىٰ بالنكاح بينهما، فقالت: إن لم يكن بُدٌّ يا أمير المؤمنين، فزوِّجني منه، فقال عليٌّ رضي الله عنه: شاهداك زَوَّجاك**»[2]، فلو لم يكن قضاؤُه نكاحًا؛ لِمَا امتنع عن تجديد النكاح عند طلبها؛ صيانةً لهما عن الزنا؛ ولأنه قضىٰ بأمر الله تعالىٰ، فوجب تنفيذه لثبوت الحِلِّ مهما أمكن، وذلك في أن يُجعَل إنشاءً كما يجب تنفيذ قضائه في المجتهدات. [٨٢/أ]

وهل يشترط أن يكون القضاء بالنكاح بمَحْضَرٍ من الشهود لثبوت الحِلِّ؟ قال بعضهم: لا يشترط؛ لأن محمدًا رحمه الله تعالىٰ ذكر في القضاء مطلقًا، وذكر الزعفراني: أنه يشترط؛ لأن النكاح لا ينعقد بغير شهود، وبه أخذ عامة المشايخ.

---

(١) في أ (وسعه المقام معها)، والمثبت من سائر النسخ، وكذا في نسخ الجامع.

(٢) أورده ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف ٣٨٥/٢؛ وذكره سبط ابن الجوزي في إيثار الإنصاف، وقال: «وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير، فكان إجماعًا» ٣٤٥/١.

غلام لم يبلغ، ومثله يجامع، جامع امرأته

(غلامٌ لم يبلغ، ومثله يُجامِع، يعني: تتحرَّك آلته ويشتهي، جامع امرأته، فإن عليها الغسل، ويُحِلُّها للزوج الأول)، أما وجوب الغسل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا التقى الختانان، وتوارت الحشفة، وجب الغسل**»[1]، فيجب الغسل على كل من كان أهلاً للوجوب، ولم يذكر الغسل على الغلام؛ لأنه غير مكلَّفٍ، إلَّا أنَّه يُؤمَر بذلك تخلُّقًا واعتيادًا.

وأما ثبوت الحِلِّ لزوجها الأول مذهبنا، سواء كان صبيًّا، أو مجنونًا، أو حرًّا، أو مملوكًا، وقال الحسن البصري: لا يُحِلُّها جماع الصبي، فعنده التحليل لا يتم بدون الإنزال، وعند مالك والشافعي: لا يتم التحليل إلَّا بجماع من كان أهلاً للإنزال[2].

وجه قول الحسن: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا، حتى تذوقي من عسيلته، ويذوق من عسيلتك**»، يعني: الماء.

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، مَدَّ الحكم إلى غاية الجماع، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «**حتى تذوقي من عسيلته**»[3]، والعسيلة: كنايةٌ عن لذة الجماع، واللذة تحصل بجماع المُراهِق، وعن عائشة رضي الله عنها: أنها فسّرت العسيلة بالجماع؛ ولأن الحِلَّ تعلَّق بإصابة الزوج الثاني؛ ليكون زاجرًا له عن إرسال الثلاث، وإصابة الزوج الثاني يغيظه، فكان زاجرًا له.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/١٧٨؛ وابن ماجه (٦١١)؛ وابن أبي شيبة في مصنَّفه ١/٨٦؛ وابن عبد البرِّ في التمهيد ٢٣/١٠٢.

(٢) فقال العثماني: «واختلفوا في الصَّبي الذي يمكن جماعه: هل يحصل بوطئه في نكاح صحيح الحل أم لا؟ فقال مالك: وقال الثلاثة: نعم»، رحمة الأمة ص٤٢٢؛ انظر: المعونة على مذهب أهل المدينة ٢/٨٣٠.

(٣) أخرجه البخاري (٤٩٦٠، ٥٤٥٦)؛ ومسلم (١٤٣٣) من حديث عائشة.

إن وَطئَها الزوج الثاني وهي حائض

وإن وَطئَها الزوج الثاني وهي حائض، أو نفساء، أو إحرام، يحلُّ للزوج الأول عندنا، وقال مالك: لا يحلُّ؛ لأنه حرامٌ، فلا يثبت به الحل، كما لو تزوجها نكاحًا فاسدًا، ودخل بها.

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿**تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ**﴾، شرط نكاح الزوج، وأراد به النكاح الجائز؛ لأن الشرع لا يأمر بالفاسد، ومطلق النكاح ينصرف إلى الجائز.

إن تزوجها الثاني نكاحًا جائزًا وطلقها قبل الدخول

فإن تزوجها الثاني نكاحًا جائزًا، وطلَّقها قبل الدخول، لا يحل للزوج الأول في قول عامة العلماء، وقال سعيد بن المسيب: يحل، وهو قول بشر بن غياث المَرِيسي، وأنه قولٌ مهجورٌ مخالفٌ للإجماع، قالوا: لو قضىٰ القاضي بقوله، لا ينفذ قضاؤه، وذكر الصدر الشهيد في «شرح كتاب الطلاق»، وجه قول بِشْر: أن الله تعالىٰ مَدَّ الحكم إلى غاية النكاح، فمن شرط الدخول، فقد زاد على النص.

ولنا: الحديث المعروف، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لامرأة رفاعة بن رافع: «**لا، حتى تذوقي من عسيلته**»، والزيادة على كتاب الله بالخبر المشهور، جائزٌ، بل كتاب الله تعالىٰ حُجَّةٌ عليه؛ لأنه شرط لثبوت الحل: أن تنكح المرأة زوجًا غيره، والنكاح يُعقَد مع الأجنبي، لا مع الزوج، علمنا أنه أراد به الوطء، وهو التمكين من المرأة، فإن التمكين من الوطء يسمىٰ وطئًا، كالتمكين من الزنا، يكون زنًا.

فعندنا: لا يحصل التحليل بنفس النكاح، ولا بالوطء بملك اليمين، حتى لو كانت أمةً فطلَّقها زوجها ثنتين، ثم وطئها مولاها، لا تحل على الزوج بوطء المولىٰ، وهذا إذا تزوَّجها الثاني ولم يقصد به التحليل.

إن تزوَّجها وقصد التحليل للأول

فإن تزوجها وقصد التحليل للأول، ولم يذكرا ذلك لفظًا، قال عامة العلماء: يصحّ، وقال مالك: لا يصح النكاح[(١)]، حجّته: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لعن الله المحَلِّلَ والمحَلَّلَ له**»[(٢)]، ألحق اللعن لمن يريد إثبات الحِلّ، ولو كان جائزًا، لم يكن سببًا للعن.

ولنا: النصوص المقضية لجواز النكاح، وعن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أنه سئل عنه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أشهدا المهر؟**»، فقالوا: نعم، فقال: «**ذهب الخداع**»[(٣)]، وما رواه محمول على ما إذا تزوجها كذلك ووَقَّت لذلك وقتًا معلومًا.

إن تزوَّجها على أن يحللها وشرط ذلك باللسان

وإن تزوجها على أن يُحلِّلها وشرط ذلك باللسان، جاز النكاح في قول أبي حنيفة، وزفر، وبطل الشرط، وتحل للزوج الأول، ويكره ذلك، وقال أبو يوسف: لا يجوز هذا النكاح، وقال محمد: يجوز النكاح، ولا تجوز[(٤)] للزوج الأول، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف.

لأبي يوسف: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لعن الله المحلِّل**»، ولو كان النكاح جائزًا، لَمَا استحق اللعن.

ولأبي حنيفة: ما ذكرنا في المسألة الأولىٰ؛ ولأنهما باشرا العقد مطلقًا غير مؤقَّت، إلَّا أنهما شرطا شرطًا فاسدًا، فلا يفسد النكاح، كما لو تزوجها [٨٢/ب]

---

(١) انظر: الكافي ص٢٣٨.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٥٣٦)؛ وابن ماجه (١٩٣٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢٠٨/٧؛ نصب الراية ٢٣٨/٣.

(٣) أخرجه الرازي في علل الحديث، «وقال أبو زرعة: هذا واه، ضعيف، باطل، غير ثابت ولا صحيح ...» ٤٢٧/١، وفيه (أليس سَمّىٰ لها صداقًا؟) ١٠٠/٤.

(٤) في ج (ولا تحل).

على أن يُطلِّقها غدًا، على أن هذا شرطٌ يقتضيه العقد؛ لأنه إذا دخل بها، تحل للأول، ومثل هذا الشرط لو دخل في البيع، بأن اشترىٰ جارية بشرط أن يملكها، لا يفسد البيع به، فالنكاح أولىٰ، إلَّا أنَّه مِنْ عادة الأخِسَّة، والنبي عليه الصلاة والسلام كان يبغض سفساف الأمور، فألحق به اللعن.

وقال الشافعي: هذه المسألة على وجوه ثلاثة: أحدها: أن يقول: أتزوجك على أن أُحلِّلك للزوج، فإذا أحلَلْتك فلا نكاح بيننا.

أو قال: أتزوجك على أن أُحلِّلك للزوج، فإذا أحلَلْتك فأنت طالق.

أو قال: أتزوجك على أن أُحلِّلك للزوج الأول، وسكت.

ففي الوجه الأول: النكاح باطلٌ قولاً واحدًا.

وله في الوجه الثاني قولان: في قول: يجوز النكاح، وفي قول: لا يجوز، ولكن إذا فسد النكاح، تحِلُّ للزوج الأول عنده؛ لِمَا عُرف[1].

وفي الوجه الثالث: يجوز النكاح قولاً واحدًا.

امرأة مَسَّتْ رجلاً بشهوة

(امرأة مَسَّتْ رجلاً بشهوة، حرمت عليه أُمها وابنتها)؛ لأنه سببٌ للوطء في حقها، كما في حق الرجل، ولو استدخلت فرجها فرجه، تثبت حرمة المصاهرة، فكذا إذا أتت بالدواعي، فإن قالت: فعلت عن شهوة، وكذَّبها الزوج في الشهوة، قال الفقيه أبو الليث: إذا لم يغلب على ظنّه أنها صادقةٌ، ينبغي أن لا تحرم عليه، ووجهه: أنها تدعي الحرمة، فلا يقبل قولها في ذلك.

---

(١) قال الدمشقي: «وإذا تزوَّج امرأة على أن يحلها لمطلقها ثلاثًا، وشرط أنه إذا وطئها فهي طالق، أو فلا نكاح ...، وللشافعي في المسألة قولان: أصَحُّهما: أنه لا يَصِحُّ النكاح». رحمة الأمة ص٣٩٩؛ انظر: المهذب ٤/١٦٠؛ الروضة ٧/١٢٦، ٢٦٥.

وذكر القدوري: رجل اشترىٰ جارية على أنه بالخيار، فقبّل الجارية، وقال: قبَّلْتُها بغير شهوة، كان القول قوله حتى لا يسقط خياره؛ ولأن الشهوة تُعرَف من جهته، فكان القول قوله.

رجل له أمة قد وطئها، فتزوّج أختها

(رجل له أمة قد وطئها، فتزوج أختها، جاز النكاح، ولا يطأ المنكوحة حتى يُحرِّم وطء الأخرىٰ على نفسه ببيع، أو نكاح، أو نحوه، ولا يطأ الموطوءة وإن كان لم يطأ المنكوحة).

والأصل فيه: أن الجمع بين الأختين وطئًا، أو نكاحًا، حرام بكتاب الله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقال عليه الصلاة والسلام: **«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يجمعنَّ ماءه في رحم أختين»**(١).

فإن تزوج أخت الموطوءة، لا يطأ واحدةً منهما حتى تخرج الموطوءة [عن ملكه] ببيع، أو نكاح، أو هبة؛ لأن المنكوحة موطوءةٌ حكمًا؛ حتى لو جاءت بولد في مدة يتوهَّم أن يكون منه، يثبت النسب، فلو وطأ الأولىٰ، يصير جامعًا بينهما وطئًا، ولا يطأ المنكوحة؛ لأن أختها موطوءةٌ حقيقةً، وحكم ذلك الوطء قائمٌ، حتى لو أراد البيع، يستحب له الاستبراء، فيصير جامعًا بينهما وطئًا حقيقةً.

فإن قيل: لو كان النكاح قائمًا مقام الوطء، حتى تصير المنكوحة موطوءةً حكمًا، وجب أن لا يجوز هذا النكاح؛ كيلا يصير جامعًا وطئًا، كما قال مالك.

---

(١) قال ابن حجر: «لا أصل له ...، وفي الباب حديث أم حبيبة في الصحيحين، أنها قالت: يا رسول الله، انْكَحْ أُخْتِي، قال: لا تَحِلُّ لي ...»، التلخيص ٣/١٦٦.

قلنا: نفس النكاح ليس بوطء، وإنما يصير وطئًا عند ثبوت حكمه، وهو حل الوطء، وحكم النكاح يثبت بعده، فالنكاح حال وجوده ليس بوطء، فيصح؛ لوجوده من أهله في محله، ثم تصير المنكوحة موطوءةً حكمًا، فلا يطأ الأخرىٰ كيلا يصير جامعًا بينهما، وإن أخرج الأولىٰ عن ملكه ببيع، أو نكاح، زال حكم وطئه حين حَلَّ للزوج غَشْيانها، فيحل له وطء المنكوحة، كما لو ماتت الأولىٰ.

رجل تزوَّج امرأة فأغلق بابًا .. ثم طلَّقها

(رجل تزوّج امرأة، فأغلق بابًا، أو أرخىٰ سترًا، ثم طلقها، وقال: لم أجامعها، وصدَّقته المرأة أو كذّبته، فلا رجعة له عليها، ولا يحِلُّ له أن يتزوج بأختها وأربع سواها، حتى تنقضي عدتها).

أما وجوب العدة؛ فلأن الخلوة الصحيحة أُقيمت مقام الدخول في حق تأكُّد المهر؛ لأنها محتاجة إلى تأكُّد حقها في المهر، وليس في وسعها إلَّا التمكين، فأُقيم التمكين مقام الدخول فيما يرجع إلى المرأة، وإذا تأكد حقّها في المهر، يصير في حقها طلاقًا بعد الدخول، والطلاق بعد الدخول يوجب العدة.

أما الرجعة شُرِعت حقًّا للزوج في الطلاق بعد الدخول، والخلوة ما أُقيمت مقام الدخول في حقه؛ لأنه قادر على الوطء حقيقةً، فبقي الطلاق قبل الدخول، فلا تثبت الرجعة.

لو تزوَّج امرأة ثمَّ طلقها وهي حامل وقال: لم أجامعها

ولو تزوَّج امرأة ثم طلقها وهي حامل، وقال: لم أجامعها، كان له أن يراجعها؛ لأن حكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بالدخول، فكان مكذِّبًا فيما زعم، فكان له الرجعة.

(رجل وطأ جاريته، ثم زَوَّجها من رجل، فللزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها)، وقال محمد: لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة.

رجل رأى امرأة تزني فتزوّجها

(وكذلك رجل رأىٰ امرأةً تزني فتزوجها، كان له أن يطأها من غير استبراء)، وقال محمد: لا أحب أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة.

وجه قوله: أن سبب الشغل قد وجد: وهو الوطء، ولو تحقق الحمل، حرم الوطء؛ كيلا يكن ساقيًا ماءه زرع غيره، فإذا احتمل، وجب التنزّه صيانةً لمائه عن الخلط. [٨٣/أ]

ولهما: أن النكاح لم يشرع إلَّا في رحم فارغ، فحكم الشرع بجواز النكاح حكمٌ بفراغ الرحم، فلا حاجة إلى الاستبراء.

النكاح بغير شهود

ومن النكاح الفاسد: النكاح بغير شهود، قال مالك وابن أبي ليلىٰ: الشهود ليس بشرط، إنما الشَرْط: هو الإعلان بضرب الدفوف والصوت، حتى لو وجد الإعلان في مجلس العقد، أو بعده، ولم توجد الشهود، صحّ العقد، وعلى عكسه لا يجوز(١).

لهما: أن النكاح عقد معاوضة، فلا يشترط لها الشهود؛ اعتبارًا بسائر المعاوضات، وإنما شرطنا الإعلان؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أعلنوا النكاح، ولو بالدفوف**»(٢)، والأمر للوجوب، فصار ذلك شرطًا.

ولنا: الأحاديث المشهورة؛ ولأن المقصود: هو الإعلان، والشهادة أبلغ في الإعلان؛ لأن في الشهادة يحصل العلم بالعقد لغير العاقدين من غير شبهة، وضرب الدف محتملٌ، فلا ينعقد النكاح عندنا إلَّا بشاهدين، يسمع

---

(١) انظر: الكافي ص٢٢٩؛ الرسالة الفقهيّة ص١٩٦.

(٢) حديث «أعلنوا النكاح، واضربوا عليه بالغربال»، أي: بالدفِّ، «رواه ابن ماجه، واللفظ له، والترمذي من رواية عائشة بإسناد ضعيف»، خلاصة البدر المنير ٢/٤٤٢؛ التلخيص الحبير ٤/٢٠١.

كل واحد منهما كلام العاقدين معًا في مجلس واحد[١]، [ولو تزوَّجها بشهادة شخصين معًا، سمع أحدهما ولم يسمع الآخر حين صاح صاحبه في أُذُنه، وأعاد العقد ثانيًا، وسمعه الذي لم يسمع أوَّلاً، ولم يسمعه الذي سمعه أوَّلاً، لم ينعقد النكاح]، فلا ينعقد بشهادة النائمين.

شهادة الأصمَّين الأخرسَين، الفاسقَين

وتكلموا في الأصَمَّيْن اللذين لا يسمعان، والصحيح: أنه لا ينعقد.

ولو عقد النكاح بالعربية، وهما يُحْسِنان ذلك، والشهود لا يحسنون ذلك، لا رواية لها في الأصل، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا ينعقد، وقال بعضهم: ينعقد إذا كان يُمكِنهم عبارة ما شهدوا.

وينعقد بشهادة الأخرسين إذا كانا سَمِيْعَيْن، وينعقد بشهادة ابنيهما، أو ابنيه، أو ابنيها، أو والديهما.

والأصل فيه: أن كل من يملك قبول النكاح بنفسه، ينعقد نكاح من كان أهل دينه بحضرته: كالفاسقين، والأعميين، والمحدودين في القذف، وعند الشافعي: لا ينعقد بشهادة الفاسقين والمحدودين[٢]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا نكاح إلَّا بولي وشاهدي عدل**»[٣].

ولنا: أن الفاسق شاهدٌ؛ ولأن الشهادة ولايةٌ، وله ولاية على نفسه وعلى غيره، فإنه يصلح أميرًا، فيصلح شاهدًا.

---

(١) في ج (مجلس العقد).

(٢) انظر: المهذب ١٣٧/٤.

(٣) أخرجه أحمد (١٩٥٣٦)؛ وأبو داود (٢٠٨٥)؛ والترمذي (١١٠١)؛ وابن ماجه (١٨٨١) من حديث أبي موسىٰ الأشعري، وقال ابن جر: «وقد اختلف وصله وإرساله»، التلخيص ١٥٦/٣.

شهادة الصبيان والمجانين، والعبيد

ولا ينعقد بشهادة الصبيان، والمَجَانين، والعبيد؛ لأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم، ولا يملكون القبول بأنفسهم، ولا ينعقد النكاح بين المسلمين بشهادة الكفار؛ لعدم الولاية.

ولو تزوّج مسلمٌ ذميّةً بشهادة ذميين، جاز، خلافًا لمحمد والشافعي.

وجه قول محمد: أنه شاهدٌ في حق المرأة دون الرجل، فصار كما لو وجدت الشهادة على شَطْر واحد.

ولهما: أن المقصود من النكاح: ملك المتعة عليها، وهما يصلحان شاهدان على المرأة.

شهادة النساء

ولا ينعقد بشهادة النساء وحدهنّ، وينعقد بشهادة رجل وامرأتين عندنا، خلافًا للشافعي[1]، له: أن النكاح عقد خطر، فلا ينعقد بشهادة النساء، كما لا تثبت الحدود والقصاص.

ولنا : ما روي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبنا؛ ولأن الشرط حضرة الشهود، والمرأة شاهدٌ عند انضمام الرجل إليها، فينعقد النكاح.

لو وكّلته امرأة بأن يزوِّجها من نفسه

ولو وكّلته امرأة بأن يُزوِّجها من نفسه، فقال بين يدي الشهود وهي غائبة: اشهدوا أني تزوجت فلانةً، ولم تعرف الشهود فلانةً، قالوا: في قياس قول أبي حنيفة: لا يجوز، حتى يذكر اسمها، واسم أبيها، واسم جدِّها، وفي قياس قولهما: إذا ذكر اسمها واسم أبيها، جاز، وأصل المسألة معلوم.

وإن عرفت الشهود إياها، جاز النكاح وإنْ لم يذكر إلَّا اسمها.

---

(١) انظر: المهذب ١٣٧/٤.

[ولو كانت حاضرة، إلَّا أنها مُتَنقِّبَةً لم يعرفها الشهود، روىٰ الحسن وبشر: أنه يجوز]، وقيل: بأنه لا يجوز ما لم تَرْفَع النقاب فيراها الشهود.

ولو تزوّج امرأة في بيت، والزوج والشهود خارج البيت، فقال: اشهدوا أني تزوجت بهذه المرأة التي في هذا البيت، فقالت المرأة: قبلت، فسمع الشهود كلامها، قالوا: إنْ كانت في البيت امرأتان، لا يجوز، وإنْ لم تكن فيه إلَّا امرأة واحدة، يجوز.

لو تزوَّج امرأة بغير شهود

ولو تزوَّج امرأة بغير شهود، ثم أَقَرَّا بالنكاح بين يدي الشهود، اختلفوا فيه، والأَصَحّ: أنهما إذا أَقَرَّا بالنكاح، وسَمَّيَا المهر، ينعقد بينهما نكاحٌ مبتدأً، وإلَّا فلا. [والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

بَابُ
المُهُوْرِ

تزوَّج امرأة ثم اختلفا في المهر

(رجل تزوج امرأة، ثم اختلفا في المهر، فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها، والقول قول الزوج فيما زاد، وإن طلَّقها قبل الدخول بها، فالقول قول الزوج في نصف المهر، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: القول قول الزوج قبل الطلاق وبعده، إلَّا أن يأتي بشيء قليل).

المسألة على وجوه

[٨٣/ب]

والمسألة على وجوه: أحدها: إما أن اختلفا في حياتهما، أو بعد موتهما، أو بعد موت أحدهما: وفي حالة الحياة، لا يخلو: إما أن اختلفا قبل الطلاق، أو بعده، وكل ذلك على وجهين: إما أن كان الاختلاف في أصل التسمية، أو في مقدار المسمّىٰ.

إن اختلفا في حياتهما قبل الطلاق في مقدار المسمى

فإن اختلفا في حياتهما قبل الطلاق في مقدار المسمّىٰ، ذكر الكرخي: أنهما يتحالفان أولاً عند أبي حنيفة ومحمد، ثم يُصار إلى تحكيم مهر المثل؛ لأنهما اتفقا على أصل التسمية، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، فإذا حلفا، تعذَّر اعتبار التسمية، فيُحكَّم مهر المثل.

وذكر أبو بكر الرازي: أن التحالف في فصل واحد: وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدًا لأحدهما، فأما إذا كان مهر المثل شاهدًا لأحدهما، كان القول قول مَنْ يشهد له مهر المثل مع يمينه، ولا يتحالفان، وهو الصحيح؛

لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل، بل لمعرفة مَنْ يشهد له الظاهر.

ثم الأصل في الدعاوي: أن يكون القول لمن يشهد له الظاهر مع يمينه، فإن ادعىٰ الزوج ألفًا، والمرأة ألفين، ومهر مثلها ألف أو أقل، كان القول قوله مع اليمين؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم الزيادة على مهر المثل، فكان القول قوله، فإن حلف، ثبت المسمَّىٰ ألف درهم، وليس للزوج أن يجعلها دنانير، وإن نكل يقضي عليه بألفي درهم، كما لو أقرَّ؛ لأن النكول إقرارٌ.

وإن أقامت المرأة البينة، ثبت المسمّىٰ بألفي درهم؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، وإن كان الزوج هو الذي أقام البينة، قُبِلت بينته؛ لأنه مدَّعٍ صورةً، فتُقبَل بينته، ويجوز أن يكون القول قوله، ولو أقام البينة قُبِلت بَيِّنَتُه، كالمُوْدَع إذا ادَّعىٰ رد الوديعة أو الهلاك، كان القول قوله مع اليمين، ولو أقام البينة على ذلك، قُبِلت بينته أيضًا، فإن أقاما البينة، فبينتها أولىٰ؛ لأنها تثبت الزيادة.

وإن كان مهر مثلها ألفي درهم أو أكثر، كان القول قولها مع اليمين؛ لأن الزوج يدعي عليها الحَطَّ، وهي تُنكِر، فإن نكلت، يقضىٰ لها بألف درهم بطريق التسمية؛ ليكون النكول إقرارًا، وإن حلفت لم يثبت الحطُّ، فيقضىٰ لها بألفي درهم، ألفٌ بطريق التسمية؛ لاتفاقهما على تسمية الألف، وألفٌ باعتبار مهر المثل، يُخَيَّر الزوج في هذا الألف: إن شاء أعطىٰ دراهم، وإن شاء أعطىٰ دنانير.

وإن أقام الزوج البينة، قُبِلت بيّنته؛ لأنه يثبت الحطّ، وإن أقامت المرأة البينة على الألفين، قُبِلت بينتها أيضًا؛ لأنها مدَّعِيةٌ صورةً، فيقضي لها بألفي درهم بطريق التسمية والتعيين، ولا خيار للزوج فيه.

وإن أقاما البينة، الصحيح: أن بينة الزوج أولىٰ؛ لأن بينته تثبت ما ليس بثابت ظاهرًا، وبينة المرأة تثبت ما هو ثابت بدون البينة، فكانت بينته أكثر إثباتًا، فكان أولىٰ بالقبول.

وإن كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة، يحلف كل واحد منهما على دعوىٰ صاحبه؛ لأن الزوج يدعي عليها الحطَّ عن مهر المثل، والمرأة تدعي عليه الزيادة على مهر المثل، والظاهر لا يشهد لأحدهما، فيحلف كل واحد منهما على دعوىٰ صاحبه، وينبغي أن يقرع القاضي بينهما في البداية؛ لاستوائهما، فإن نكل الزوج يقضي عليه بألفي درهم، كما لو أقرَّ بذلك صريحًا، وإن نكلت المرأة، وجب المسمّىٰ ألف درهم؛ لأنها أقرَّت بالحطِّ، وإن حلفا جميعًا، وجب ألف وخمسمائة درهم: ألفٌ بطريق التسمية، لا يُخَيَّر فيها الزوج؛ لاتفاقهما على التَسْمِية بالألف، وخمسمائة باعتبار مهر المثل، يُخيَّر فيها الزوج.

وأيُّهما أقام البينة، قُبِلت بينته، وإن أقاما البينة يقضي بألف وخمسمائة: ألفٌ بطريق التسمية، وخمسمائة باعتبار مهر المثل؛ لأن البينتين بطلتا لمكان التعارض، كذا ذكر بعض المتأخرين في شروحهم، ونَصَّ محمد في الأصل: أن البينة بينة المرأة.

إن طلّقها بعد الاختلاف أو اختلفا بعد الطلاق

وإن طلَّقها بعد الاختلاف، أو اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول، ففي قياس قول أبي حنيفة ومحمد: يُحكَّم متعة مثلها، كما يُحكَّم مهر المثل حال قيام النكاح، وهو جواب «الجامع الكبير».

فإن شهدت المتعة لأحدهما، كان القول قوله مع اليمين، وإن كانت المتعة بين الأمرين، يحلف كل واحد منهما على دعوىٰ صاحبه، كما يحلف في حال قيام النكاح.

وذكر هاهنا، وفي النكاح من «المبسوط»: أن القول قول الزوج في نصف المهر، وإنما اختلف الجواب؛ لاختلاف الموضوع، وضع المسألة هاهنا وفي كتاب النكاح في الألف والألفين، فلا يفيد تحكيم المتعة؛ لأن الزوج [٨٤/أ] معترفٌ لها بخمسمائة درهم، والمتعة في الأعمِّ الأغلب لا تبلغ خمسمائة، ووضع المسألة في «الجامع الكبير» في العشرة والعشرين، فالزوج يدعي العشرة، والمرأة تدعي مائةً، ومتعةُ مثلها عشرون أو أكثر، فيفيد تحكيم المتعة، وفي هذا الكتاب لم يذكر القدر في السؤال، فيُحمَل على المتعارف، والمتعارف: هو الاختلاف في الألوف.

وقيل: في المسألة روايتان، وجه رواية «الجامع»: أن المتعة موجَبُ نكاح، لا تسمية فيه بعد الطلاق، كما أن مهر المثل موجبُ نكاح لا تسمية فيه قبل الطلاق، فكما يُحكَّم مهر المثل لو اختلفا قبل الطلاق، يُحكَّم المتعة إذا اختلفا بعد الطلاق.

وجه هذه الرواية: أنه عاد إلى المرأة حقها كما كان، فكان ينبغي أن يسقط كل الصَّداق، وإنما عرفنا بقاء نصف المسمّىٰ نصًّا بخلاف القياس فيما إذا كان الصَّداق معلومًا، وتعذَّر إيجاب المتعة؛ لأن المتعة موجب نكاح لا تسمية فيه أصلاً، وهاهنا قد اتفقا على التسمية، فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه: وهو نصف ما أَقَرَّ به الزوج.

وقال أبو يوسف: القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده، ولا يُحكَّم مهر المثل؛ لأنهما اختلفا في بدل ما ليس بمال، واتفقا على ملك البضع، إلَّا أن المرأة تدعي الزيادة، والزوج ينكر، فكان القول قول المنكر، كما في سائر الدعاوي.

وإنَّمَا عرفنا التحالف في البيع، وفي مبادلة المال بالمال نَصًّا، بخلاف القياس، فلا يتعدىٰ إلى غيره، فكان القول قول الزوج مع يمينه، إلَّا أن يأتي بشيء مُستنكَرٍ، وفي تفسير ذلك روايتان عن أبي يوسف: إحداهما: أن يدعي ما دون العشرة، فإن ذلك مستنكَرٌ شرعًا، والثانية: أن يدعي مهراً لا يتزوَّج [مثلها بذلك] عادةً، كما لو ادعىٰ النكاح بمئة، ومهر مثلها عشرة آلاف، وهذا أصحُّ، فإنه قال: في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة، أو بعدما ازداد المبيع زيادةً متصلةً، أن القول قول المشتري، إلَّا أن يأتي بشيء مستنكَرٍ، وليس في الثمن تقديرٌ شرعًا، فعرفنا أنه أراد به الثاني.

وهما قالا: اختلفا في بدل ماله بدلٌ شرعيٌّ، فإذا لم يثبت المسمّىٰ، يصار إلى البدل الأصلي: وهو مهر المثل، ويُجعَل ذلك حكمًا: كالصَّبَّاغ مع ربِّ الثَّوب إذا اختلفا في الأجر، يُحكم ما زاد الصِّبغ فيه، وإن اختلفا في أصل التسمية، فادَّعَىٰ أحدهما التَّسمية، وأنكر الآخر، كان القول قول من ينكر التسمية، ويجب مهر المثل.

أما عند أبي حنيفة ومحمد: فلأن مهر المثل أصلٌ، فإذا اختلفا في التسمية، لم تثبت التسمية، فيجب مهر المثل.

وأما اعتبار أبي يوسف؛ فلأن التسمية لم تثبت، فتعذَّر القضاء بالمسمّىٰ، فيجب مهر المثل، كما لو تزوجها ولم يُسمِّ لها مهرًا، بخلاف ما لو اختلفا في مقدار المسمَّىٰ؛ لأن ثَمَّ اتفاق على الأقل، فلم يتعذَّر القضاء بالمسمّىٰ.

إن مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي وورثة الميت

وإن مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي وورثة الميت، فالحكم فيه ما ذكرنا فيما لو اختلفا في حياتهما حال قيام النكاح؛ لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما، ألا ترىٰ أن من تزوج امرأةً ولم يُسَمِّ لها مهرًا، فمات أحدهما، كان لها مهر المثل، فكان حياة أحدهما كحياتهما.

إنْ ماتا واختلفت ورثتهما

وإن ماتا، واختلفت ورثتهما، إن اختلفوا في مقدار المسمَّىٰ، كان القول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة، ولا يُحكَّم مهر المثل؛ لأنهما إذا ماتا، فالظاهر موت أقرانهما، فلا يمكن اعتبار مهر المثل، فيقضي بما أَقَرَّ به ورثة الزوج، قَلَّ ذلك أو كَثُرَ.

وعند أبي يوسف: القول قول ورثة الزوج، إلَّا أن يأتي بشيء قليل؛ لأن الوارث قائم مقام المورث، ولو وقع الاختلاف بين الزوجين، عند أبي يوسف: القول قول الزوج إلَّا أن يأتي بشيء قليل، فحينئذٍ لا يُقبَل قوله، ويقال له: لا بُدَّ لك أن تُقِرَّ بشيء متعارف لذلك هاهنا.

وعند محمد: يُحكَّم مهر المثل، كما يُحكَّم ذلك في حياتهما.

إن ماتا جميعًا، واختلفت ورثتهما في أصل التسمية

وإن ماتا جميعًا، واختلفت ورثتهما في أصل التسمية: كان القول قول من ينكر التسمية، ولا يقضي بشيء في قول أبي حنيفة، فإن مَنْ تزوَّج امرأةً ولم يُسَمِّ لها مهرًا، ثم ماتا، عند أبي حنيفة: لا يقضي لورثة المرأة بشيء لِمَا يذكر بعد هذا، فكذلك هاهنا.

وعند أبي يوسف ومحمد: يقضي بمهر المثل؛ لأن عندهما: مهر المثل لا يسقط بموتهما، فكان اختلاف الورثة كاختلاف الزوجين.

ولو اختلف الزوجان في حياتهما، فادعىٰ أحدهما التسمية، وأنكر الآخر، [٨٤/ب] يقضي بمهر المثل، كذلك هاهنا.

قال مشايخنا: هذا إذا لم تُسَلِّمْ المرأة نفسها، فأما إذا سلَّمت نفسها، ثم وقع الاختلاف في الحياة أو بعد الممات، لا يُحكْم بمهر المثل؛ لأن الظاهر أنها لا تُسلِّم نفسها قبل أن تقبض شيئًا، فيقال لها: لا بدّ لك أن تُقِرِّي بقبض ما استعجلت، وإلَّا قضينا عليك بالمتعارف، ثم يعمل في الباقي بما ذكرنا.

رجل وامرأته ماتا وقد سمّىٰ لها مهرًا

(رجل وامرأته ماتا وقد سمّىٰ لها مهرًا، وثبت ذلك بالبينة، أو بتصادقهما، فلورثتها أن يأخذوا المهر من تركة الزوج)؛ لأن المهر كان واجبًا، فإن علم أنها ماتت أولاً، فنصيب الزوج من ذلك يسقط؛ لأنه ورث دينًا على نفسه، فيسقط بقدر ما ملك، وإن مات الزوج أولاً، أو ماتا معًا، أو لا يعلم أيهما مات أولاً، فلورثة المرأة أن يأخذوا جميع المهر من تركة الزوج؛ لأن المهر كان واجبًا في ذمته، فما لم يَتَيَقَّن بسقوط شيء منه بموت المرأة أولاً، لا يسقط.

وإن لم يكن سَمَّىٰ لها شيئًا، فعند أبي يوسف ومحمد: لورثة المرأة مهر مثلها في تركة الزوج؛ لأن مهر المثل كان واجبًا بالعقد، فلا يسقط بموتهما، كما لا يسقط بموت أحدهما، وكما لا يسقط المسمَّىٰ بالموت، وعند أبي حنيفة: لا يقضي بمهر المثل بعد موتهما.

له: ما أشار إليه في الكتاب: أن القاضي عجز عن القضاء بمهر المثل بعد موتهما؛ لأنهما إذا ماتا، فالظاهر موت أقرانهما، [فبمهر مَنْ يُقدِّر، فيَتَعَذَّر]، وقال: لو ادعىٰ ورثة عَلَيٍّ رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر أم كلثوم، أكنت أقضي بشيء.

أشار: إلى أن المانع تقادُم العَهْد؛ لأن المهر يختلف باختلاف الأوقات، فعلىٰ هذا لو كان العهد قريبًا، ولم يكن متقادمًا، لا يعجز عن القضاء بمهر المثل، فيقضي به؛ ولأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في سقوط مهر المثل بموت أحدهما، فكان إجماعًا منهم على سقوطه بموتهما.

ويعتبر مهرها بنساء عَشيرتها من قبيلة أبيها، مَنْ كانت مثلها: في المال، والجمال، والبكارة، والسِّنِّ، في ذلك البلد؛ لأن المهر يختلف باختلاف

هذه الأوصاف، وباختلاف البلدان أيضًا، ويعتبر قرابة الأب عندنا، لا قرابة الأم؛ لأن الولد يُنسَب إلى الأب وقومه.

رجل تزوّج امرأة على هذين العبدين فإذا أحدهما حر

(**رجل تزوّج امرأةً على هذين العبدين، فإذا أحدهما حرٌّ، فليس لها إلاَّ العبد الباقي إذا كان يساوي عشرة دراهم، وقال أبو يوسف: لها العبد الباقي، وقيمة الحر لو كان عبدًا، وقال محمد: لها العبد الباقي، وتمام مهر مثلها، إن كان مهر مثلها أكثر من العبد الباقي**.

وكذا لو تزوجها على بيت وخادم بعينه، والخادم حرٌّ)، أراد بالبيت: متاع البيت.

وهذه المسألة بناءً على مسألة أخرىٰ: رجل تزوّج امرأةً على هذا العبد، فإذا هو حرٌّ، قال أبو حنيفة ومحمد: لها مهر مثلها، وقال أبو يوسف: لها قيمة الحر لو كان عبدًا.

لو تزوّجها على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر

ولو تزوَّجها على هذا الدَّنِّ من الخَلِّ، فإذا هو خمر، عند أبي حنيفة: لها مهر المثل، وعندهما: لها مثل ذلك الدَّنِّ من الخَلِّ.

فعند أبي حنيفة: يعتبر الإشارة في الفصول كلها، فإذا لم يكن المشار إليه مالاً، كان الواجب مهر المثل، وعند محمد: في الجنس الواحد تعتبر الإشارة، وفي الجنسين: تعتبر التسمية، وعند أبي يوسف: تعتبر التسمية في الفصول كلها.

أبو يوسف يقول: سمّىٰ مالاً وقد عجز عن التسليم بسبب الحُرِّية، والخَمرية، فتُصار إلى [قيمة] ما كان من ذوات القِيَم، وإلى مثل ما كان من ذوات الأمثال، كما لو تزوَّجها على عبد، فهلك قبل التسليم، أو استحق؛ ولأن العقد مرَّةً يتعلق بالإشارة، ومرَّةً يتعلق بالتسمية، فيتعلق العقد بالصحيح منهما.

وأبو حنيفة يقول: سمّىٰ مالاً، وأشار إلى ما ليس بمال، فتعتبر الإشارة؛ ولأن التسمية للتعريف، والإشارة كذلك، إلَّا أن الإشارة أقوىٰ؛ لأنها تقطع شركة الأغيار، والتسمية لا تقطع، فتعتبر أقواهما، وإذا اعتبرت [الإشارة] صار كأنه قال: تزوجتك على هذا الحر، وعلى هذا الخمر، فيجب مهر المثل.

ومحمد يقول: التسمية للتعريف، والإشارة كذلك، وكل واحد منهما اختُصَّ بنوع تعريف، فالإشارة تقطع الشركة في الأغيار، وتثبت التعيين، لكن لا تفيد العلم بصفة المشار إليه وماهيته، والتسمية تفيد العلم بصفة المسمّىٰ وماهيته، لكن شَائِعًا في الجنس، فيجب اعتبارهما، وتعذَّر اعتبارهما في شيء واحد؛ لأن قضية الإشارة وجوب مهر المثل، إذا كان المشار إليه حرًّا، [٨٥/أ] وقضية تسمية العبد وجوب قيمة العبد، فيجب اعتبارهما في حالين، ففي الجنس الواحد: اعتبرنا الإشارة، وفي الجنسين: اعتبرنا التسمية، والاعتبار على هذا الوجه أولىٰ من العكس؛ لأن المرأة رضيت بالمسمّىٰ، وعند قلة التفاوت، لو علّقنا حق المرأة بالمشار إليه، لا تتضرَّر المرأة كثيرُ ضررٍ، وعند كثرة التفاوت بين المسمّىٰ والمشار إليه، لو تعلّق حقها بالمشار إليه، تتضرَّر كثيرُ ضررٍ، فيتعلق بالمسمّىٰ، والتفاوت في الجنس الواحد يسيرٌ، وفي الجنسين كبيرٌ.

وهو معنىٰ ما قال مشايخنا: إن المشار إليه إذا كان من جنس المسمّىٰ، فيتعلَّق العقد بالمشار إليه، وإذا كان من خلاف جنسه، يتعلق بالمسمّىٰ، حتى قالوا: لو اشترىٰ فصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زُجاجٌ، يبطل العقد؛ لأنهما جنسان، فيتعلق العقد بالمسمّىٰ، وهو معدوم، فيبطل.

لو اشترى فصًّا على أنه ياقوت أخضر فإذا هو أحمر

ولو اشترىٰ فصًّا على أنه ياقوت أخضر، فإذا هو أحمر، جاز العقد، ويُخيِّر المشتري؛ لأنهما جنسٌ واحدٌ، فتعلَّق العقد بالمشار إليه، فيصح العقد، ويُخيَّر المشتري؛ لفوات الوصف المشروط.

وكذا لو اشترىٰ حيوانًا علىٰ أنه ذكرٌ، فإذا هو أنثىٰ، جاز العقد، ويُخيَّر المشتري؛ لأن الذكر والأنثىٰ في البهائم جنس واحد، وفي الآدمي جنسان مختلفان.

[ولو قال: بعتك هذا الحمار، فإذا هو فرس، والمشتري لا يعلم به، بطل العقد؛ لأنهما جنسان مختلفان].

(الحر مع العبد جنس واحد)(الخل مع الخمر جنسان مختلفان)

بعد هذا نقول: الحر مع العبد جنسٌ واحدٌ، وكذا المُذكَّاة مع الميتة؛ لاتفاقهما في الصورة وأكثر المعاني، إنما الاختلاف بينهما في صفة واحدة: وهي المالية، فإذا غلب ما يوجب الاتحاد، يُجعَل جنسًا واحدًا، فتعتبر الإشارة، فكان لها مهر المثل.

أمَّا الخَلُّ مع الخمر، جنسان مختلفان؛ لأنهما اختلفا اسمًا ومعنًى، واتفقا صورةً [لا] معنًى، والعبرة للمعنىٰ، وعند اختلاف الجنسين لا تعتبر الإشارة، ويُجعَل كأنه قال: تزوَّجتك على دنٍّ من الخل.

وأبو حنيفة يقولُ: الأمر كما قال محمد، إلَّا أن في الحر والعبد، والخمر والخل، اختلف المعاني والصفات في ذات واحدة، وفي صورة واحدة، وإن الحر يُسترق، فيصير رقيقًا، والخمر يُخلَّل، فيصير خلاًّ، فهما صفتان تتعاقبان على ذات واحدة، ومثل هذا لا يوجب اختلاف المجانسة، كالصغير والكبير، والعَمِيِّ والشَّلَل، ونحو ذلك، وإذا ثبت أن الجنس واحد، كانت العبرة للإشارة، والمشار إليه ليس مال، فكان لها مهر المثل، إذا ثبت هذا في العبد الواحد.

جئنا إلى مسائل الكتاب :

إذا تزوجها على هذين العبدين، فأحدهما حر

فنقول: (**إذا تزوجها على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر، عند أبي حنيفة : لها العبد الباقي إذا كان يساوي عشرة دراهم**)؛ لأن العقد تعلَّق بالإشارة، كأنه قال: تزوجتك على هذا العبد وعلى هذا الحر، فيجب العبد، ووجوب المسمّىٰ وإنْ قلَّ، يمنع المصير إلى مهر المثل، كما لو تزوج امرأةً على ثوب قيمته خمسة دراهم، كان لها الثوب وخمسة دراهم؛ تكميلاً للعشرة، فلا يجب غير ذلك، كذلك هاهنا.

بخلاف ما لو تزوَّجها على ألف أو ألفين، حيث [يُحكَّم][1] مهر المثل في قول أبي حنيفة، وعندهما: يجب الألف؛ لأن الثابت في إحدىٰ التسميتين، وليست إحداهما بأولىٰ من الأخرىٰ، فلا تثبت واحدةٌ منهما، أما هاهنا: تسمية العبد الباقي ثابتةٌ قطعًا، فيمنع المصير إلى مهر المثل.

قال محمد: لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها؛ لأنهما لو كانا حرّين، كان لها مهر المثل، فكذلك إذا كان أحدهما حُرًّا؛ لأن المرأة لم تَرْضَ بأحدهما، فإذا بطلت التسمية في أحدهما لعدم المالية، تبطل في الآخر، فكان لها مهر المثل، فإذا كان مهر مثلها مثل قيمة العبد الباقي، كان لها العبد الباقي لا غير، كأنهما[2] عيّناه لمهر المثل، وإن كان مهر مثلها أكثر من الباقي، كان لها الباقي وتمام مهر مثلها؛ تصحيحًا لتعيين العبد بقدر الإمكان.

وأبو يوسف يقول: أطمعها في سلامة العبدين، ولم يَسْلَم لها أحدهما، فتجب قيمته.

---

(١) في أ (يجب)، والمثبت من سائر النسخ.

(٢) في ج (لأنهما).

ولأبي حنيفة طريقٌ آخرُ لتصحيح هذه المسألة: أنه متىٰ جمع في العقد بين ما يصلح وبين ما لا يصلح، يبطل ما لا يصلح، ويبقىٰ العقد بما يصلح، كما لو جمع بين المرأتين في النكاح بألف، وأحدهما تَحِلُّ له، والأخرىٰ لا تَحِلُّ له، كان الألف مهر التي تَحِلُّ، فكذلك إذا جمع في المهر بين ما يَصِحُّ وما لا يَصِحُّ، يثبت ما يصِحُّ[1]، ويُجعَل الآخر عدمًا، هذا إذا سمّىٰ مالاً وأشار إلى ما ليس بمال.

وإن أشار إلى المال، وسمّىٰ ما ليس بمال، فقال: تزوّجتك على هذا الدَّنِّ من الخمر، فإذا هو خَلٌّ، أو على هذا الحر فإذا هو عبدٌ، روىٰ أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا تعتبر الإشارة[2]، قال: وينعقد بالمشار إليه، وروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أن لها مهر المثل، والصحيح: هو الأول؛ لأن عنده: العبرة [٨٥/ب] للإشارة في الفصل الأول، مع أن ثَمَّ المشار إليه ليس بمال، فهنا أولىٰ.

تزوّج امرأة على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها

(**رجل تزوَّج امرأة على ألف إن أقام بها، وعلى ألفين إن أخرجها من بلدها**)، قال أبو حنيفة: الشرط الأول جائز، والثاني فاسد، (**إن أقام بها فلها الألف، وإن أخرجها من بلدها، فلها مهر المثل، لا يُزاد على ألفين، ولا ينْقَص عن ألف، وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان**) على ما قال، وقال زفر: الشرطان فاسدان، ولها مهر مثلها.

وذكر مشايخ العراق: قول زفر والحسن مثل قول أبي حنيفة، وأصل هذا ما ذكر في الإجارات: رجل دفع إلى خياط ثوبًا، وقال: إن خِطَّه اليوم فلك درهم، وإن خِطَّه غدًا، فلك نصف درهم، قال أبو حنيفة: الشرط الأول جائز، والثاني فاسد، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، وقال مالك وزفر: الشرطان فاسدان، والمسألة تأتي بعد هذا في كتاب الإجارات.

---

(١) في ج (ما يصلح) في المواضع الثلاثة.

(٢) في ج (التسمية).

تزوج على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أوكس

(رجل تزوج امرأةً على هذا العبد، أو على هذا العبد، وأحدهما أَوْكَسُ، والآخر أرفعُ، قال أبو حنيفة: إن كان مهر مثلها مثل الأرفع أو أكثر من الأرفع، فلها الأرفع، وإن كان مثل الأوكس أو أقل، فلها الأَوْكَس، وإن كان مهر مثلها أكثر من الأوكس وأقل من الأرفع، فلها مهر المثل، وإن طلَّقها قبل الدخول، فلها نصف الأوكس، وقال أبو يوسف ومحمد: لها الأوكس على كل حال).

وعلى هذا الخلاف: إذا تزوجها على ألف أو ألفين.

لهما: أن جهالة البدل لا تمنع صحة النكاح، وإذا صحّ النكاح، يلزمه الأقل؛ لأنه متيقَّنٌ، كما لو طَلَّقَ أو أعتَقَ على ألف أو ألفين، ولأبي حنيفة: إن للنكاح موجبًا أصليًّا، يجب من غير ذكر: وهو مهر المِثْل، لا يقع عليه البراءة إلَّا بتسمية صحيحة، والتخيير بين الأقل والأكثر تمنع صحة التسمية، كما في البيع والإجارة وغير ذلك، وإذا فسدت التسمية، بقي مهر المثل، إلَّا أنه لا يُنقَص عن الأوكس؛ لأن الزوج رضي بالزيادة، ولا يُزاد على الأرفع؛ لأنها رضيت بالنقصان عن الأرفع، وإذا طلَّقها قبل الدخول، كان لها نصف الأوكس؛ لأن مهر المثل لا يعتبر بعد الطلاق قبل الدخول، فيتعين[1] نصف الأوكس؛ لأنه فوق المتعة.

وهو نظير ما لو تزوج امرأةً على ألف وكرامتها، كان لها مهر المثل، وإن طلَّقها قبل الدخول بها، كان لها نصف الألف.

امرأة تزوجت كفئًا بأقل من مهر مثلها

(امرأة تزوجت كفئًا بأقل من مهر مثلها، فللأولياء أن يبلغوا بها مهر مثلها)، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهم ذلك.

لهما: أن المهر خالص حق المرأة، حتى تملك الإبراء والاستيفاء، فتملك الحَطَّ.

---

(١) في ج (فيعتبر).

ولأبي حنيفة: أنها أضرَّتْ بالأولياء؛ فإنهم يُعَيَّرون بنقصان المهر، وفيه ضرَرٌ بنساء العَشيرة عند الحاجة إلى معرفة مهر مِثْل نساء العَشيرة، وتقدير ذلك بمهرها، فكان للأولياء حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم.

ومن المشايخ من قال: هذه المسألة تستقيم على قول أبي يوسف؛ لأن عنده في أصح الروايتين: إذا زوّجت المرأة نفسها، جاز، أما عند محمد: لا يجوز، فلا تستقيم هذه المسألة، وحمّلوا هذه المسألة على ما ذكر في كتاب الإكراه: الأب والبنت إذا أُكرِها على النكاح بأقلَّ من مهر المثل، ثم زال الإكراه بعد العقد، فإن لم يكن الزوج كفئًا، كان للولي حق الفسخ، وكذلك للمرأة، فإن رضي به أحدهما، لا يبطل حق الآخر، وإن كان الزوج كفئًا، والمهر قاصرًا، كان للمرأة أن لا ترضىٰ بهذا المهر، فإن رضيت، كان للولي أن يَرُدَّ في قول أبي حنيفة، خلافًا لهما.

وبعضهم قالوا: لا حاجة إلى هذا التكليف، بل هو محمولٌ على رجوعه إلى قولهما في النكاح بغير ولي، وقد ذكرنا ذلك.

تزوّج امرأة على غير مهر

(**رجل تزوّج امرأةً على غير مهر، ثم جعل لها هذا العبد مهرًا، فهو جائز**)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ**﴾ [النساء: ٢٤]؛ ولأن هذا تعيينٌ، وتقديرٌ لمهر المثل، وهما يملكان ذلك.

(**فإن طلقها قبل الدخول بها، كان لها المتعة**) في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الآخر، وكان أبو يوسف يقول أولاً: نصف العبد؛ لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول: لها نصف المفروض بنص الكتاب، والعبد مفروضٌ.

ولهما: أن النكاح انعقد موجبًا مهر المثل، فلا يتغيَّر، وتعيين العبد كان تعيينًا لمهر المثل، ومهر المثل لا يتنصَّف بالطلاق، بل تجب فيه المتعة، وأمّا الآية، فالمراد بها: المفروض في العقد.

امرأة دخل بها زوجها فلها أن تمنع نفسها لاستيفاء المهر

[٨٦/أ]

(امرأةٌ دخل بها زوجها، فلها أن تمنع نفسها لاستيفاء المهر، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لها ذلك).

وعلى هذا الخلاف: لو أراد الزوج أن يُخرِجها من البلد بعدما دخل بها قبل إيفاء المهر، كان لها أن تمتنع، وعندهما: ليس لها ذلك.

وإذا منعت نفسها، كان لها النفقة في قول أبي حنيفة؛ لأنها منعت نفسها بحق، وعلى قولهما: ليس لها النفقة، وكان أبو القاسم الصَّفَّار يُفتي في المنع عن السفر بقول أبي حنيفة، وفي المنع لاستيفاء المهر بقولهما.

لهما: أنها سَلَّمَت المعقود عليه طوعًا، حتى تأكَّد على الزوج كل المهر، فيبطل حقها في الحبس، كالبائع إذا سَلَّم المبيع قبل استيفاء الثمن، والآجِر إذا شرط تعجيل الأجرة، وسلَّم الدار قبل استيفاء الأجر؛ ولأن جميع المهر يتأكَّد بالوطئة الواحدة، فما بعد ذلك لا يقابله البدل، فلا يملك الحبس.

ولأبي حنيفة: أنها منعت لاستيفاء البدل ما يقابله البدل، فكان لها حق المنع، كما لو دخل بها وهي صغيرةٌ، أو كارهةٌ، أو مجنونةٌ.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن كل وطء يصرف في البضع المحترم، فلا يجوز إخلاؤه عن العوض، إلَّا أن الشرع أقام استيفاء البعض في حق التأكُّد مقام استيفاء الكل؛ لتعذُّر التوزيع على ما يستوفي، وعلى ما بقي، ولا حاجة إلى التوزيع في بقاء حق الحبس؛ لأن حق الحبس يتعلق سقوطه باستيفاء الكل، فما بقي شيء من البدل، كان لها حق الحبس، كالبائع إذا سَلَّمَ بعض المبيع، كان له أن يحبس الباقي حتى يستوفي كل الثمن.

وعلى هذا الخلاف: لو خلا بها خلوةً صحيحةً، ثم منعت نفسها لاستيفاء المهر، عند أبي حنيفة: لها ذلك.

ولو كان المهر مؤجَّلاً، لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المهر قبل حلولِ الأجل، ولا بعده، في ظاهر الرواية، أما قبل حلول الأجل، فظاهر، وكذلك بعده؛ لأن هذا العقد ما أوجب لها حق الحبس، فلا يثبت بعده، وكذا لو كان بعضه عاجلاً وبعضه آجلاً، فاستوفت العاجل، وكذلك لو أجَّلته بعد العقد مدةً معلومةً، ليس لها أن تحبس نفسها.

وعلى قول أبي يوسف: لها أن تحبس نفسها إلى استيفاء الآجل في جميع هذه الفصول إذا لم يكن دخل بها؛ لأن موجب النكاح عند الإطلاق: تسليم المهر أولاً، غنيًّا كان أو دنيًا، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد، فقد رضي بتأخير حقه إلى أن يوفي المهر قبل حلول الأجل، وبه فارق البيع؛ لأن تسليم الثمن ليس من موجبات البيع لا محالة، ألا ترىٰ أن البيع لو كان مقايضةً، لا يجب تسليم أحد البدلين أولاً، فلم يكن المشتري راضيًا بتأخير حقّه في تسليم المبيع إلى أن يوفي الثمن.

تزوّج امرأة على ألف، ودفع إليها ثم وهبتها للزوج

(**رجل تزوّج امرأةً على ألف درهم، ودفع إليها، ثم وهبتها للزوج، ثم طلَّقها قبل الدخول بها، رجع الزوج عليها بخمسمائة درهم**)؛ لأن الطلاق قبل الدخول، أوجب عليها ردَّ نصف الصَّداق بالنص، وما وهبت للزوج لا يَتَعيَّن في الرد لو كانت في يدها، وكان لها أن تدفع غيرها؛ لأن الدراهم والدنانير عندنا لا تتعيَّن في العقود والفسوخ، فإذا لم يجب ردُّ تلك الدراهم بعينها، كانت هبتها تلك الألف أو ألفًا أخرىٰ سواء، وإن لم تقبض شيئًا من الصَّداق حتى وهبت الكل للزوج، ثم طلَّقها قبل الدخول بها، لا يرجع الزوج عليها بشيء.

وقال زفر: يرجع عليها بخمسمائة؛ لأنه برئ عن المهر بالإبراء بسبب الطلاق، فلا يحتسب ذلك عمّا وجب عليها بالطلاق؛ ولأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، وصار هذا كما لو قبضت ثم وهبت للزوج.

ولنا : أنه وصل إلى الزوج ما يجب عليها بالطلاق قبل الدخول؛ لأن الصَّداق إذا لم يكن مقبوضًا، كان حكم الطلاق قبل الدخول: سقوط النصف، وقد سقط ذلك.

وقوله: بأن الصَّداق سقط بالإبراء، قلنا: العبرة لحصول المقصود، لا لاختلاف السبب، ألا ترىٰ أن من قال لغيره: لك عليَّ ألف درهم من ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، فقال المُقَرُّ له: هذه جاريتك، ولي عليك ألف درهم بسبب آخر، لزمه المال؛ لحصول المقصود وإنْ كذَّبه في السبب.

وإن قبضت النصف، ثم وهبت له الخمسمائة التي لم تقبض، أو وهبت المقبوض والتي لم تقبض، عند أبي حنيفة: لا يرجع عليها بشيء، وعند أبي يوسف ومحمد: يرجع عليها بنصف ما قبضت، اعتبارًا للبعض بالكل، ولو لم تقبض شيئًا حتى وهبت الكل للزوج، ثم طلَّقها قبل الدخول، لا يرجع عليها بشيء، فلو قبضت الكل ووهبت للزوج، ثم طلقها قبل الدخول بها، يرجع عليها بنصف الألف، فإذا قبضت النصف يرجع عليها بنصف ما قبضت؛ لأن هبة البعض حَطٌّ، والحَطُّ يلتحق بحالة العقد، ويخرج من أن يكون مهرًا، فكان المقبوض كل المهر، ولو كان كلاً حقيقةً، كان حكمه ما قلنا. [٨٦/ب]

ولأبي حنيفة: أنه وصل إلى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، فلا يرجع عليها بشيء، كمن كان له على رجل دينٌ مؤجَّلٌ، فاستعجل قبل حلول الأجل.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الطلاق قبل الدخول بمنزلة الفسخ؛ لأنه إعادة حق المرأة إلى المرأة تقديمُ ملكها، وإعادة نصف الصَّداق إلى الزوج

تقديم ملكه، فيصير الصَّداق مشتركًا بينهما، فإذا قبضت المرأة النصف، انصرف القبض إلى حقها، كمكيل أو موزون بين اثنين، وهو في يد أحدهما، فقبض صاحبه النصف، كان المقبوض خالص حقه؛ ولأن الصداق قبل الدخول نصفه متأكِّدٌ، لا ينفرد الزوج بإسقاطه، ونصفه غير متأكِّدٍ، ينفرد بإسقاطه، فإذا سلم النصف، انصرف التسليم إلى النصف المتأكَّد؛ لأنه أهمُّ، أو لأن غير المتأكَّد لا يعارض المتأكَّد، وإذا انصرف القبض إلى النصف المتأكَّد، بقي في ذمة الزوج النصف الذي يستحقه بالطلاق قبل الدخول، فإذا سَلِم له ذلك بحكم الهبة والإبراء، فلا يرجع عليها بشيء.

وقوله: بأن هبة البعض حَطٌّ، والحَطُّ يلتحق بالعقد.

قلنا: في النكاح لا يلتحق، ولهذا لا تلتحق الزيادة، حتى لا تتنصف الزيادة بالإجماع، وإنما تلتحق في مبادلة المال بالمال؛ كيلا تخلو الزيادة عن العوض.

إن كان الصداق عرضًا بعينه، وقبضت الكل أو النصف

(**وإن كان الصَّداق عرضًا بعينه، وقبضت الكل أو النصف، أو لم تقبض شيئًا حتى وهبت الكل أو النصف، ثم طلقها قبل الدخول بها، لا يرجع عليها بشيء**)؛ لأن العروض تتعيَّن في الرد، فإذا وصل إلى الزوج بالهبة عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، لا يرجع بشيء؛ ولأنها تبرَّعت بالهبة، فلا يلحقها ضمان الزوج بسبب التبرُّع عليه.

والمكيل والموزون إذا كان معينًا، فهو بمنزلة العروض، وإن كان دينًا، فهو بمنزلة الدراهم؛ لأنه إذا كان دينًا، فقبضت ثم طلقها قبل الدخول بها، لا يتعيَّن المقبوض للرد.

تزوّج امرأة على خدمته سنة

(رجل تزوّج امرأةً على خدمته سنةً، فإن كان حرًّا فلها مهر مثلها، وإن كان عبدًا، فلها خدمته سنةً، وقال محمد في الحر: لها قيمة الخدمة)، واختلف المشايخ في قول أبي يوسف: قال بعضهم: كقول أبي حنيفة، وقال بعضهم: كقول محمد.

أجمع أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: على أنها لا تستحق عين الخدمة إذا كان حرًّا، وقال الشافعي: تستحق؛ لأن الخدمة مالٌ متقوَّمٌ، ولهذا لو تزوجها على خدمة حر آخر سنةً برضاه، جاز، وتستحق عين ذلك الخدمة، وكذا لو تزوجها على أن يرعىٰ الزوج غنمها سنةً، أو على أن يزرع أرضها هذه السنة، جاز، وتستحق عين ذلك.

ولنا: أنه سمَّىٰ ما لا تستحقه المرأة بعقد النكاح، ولا يتمكن من إستيفائها؛ لأن خدمة المرأة حرامٌ على الزوج؛ لأنه مالكها، وقيِّمٌ عليها، تفضيلاً من الله عز وجل، فلو استحقت عين الخدمة، يصير مملوكًا لها بعقد يقتضي مالكية الزوج، فيُؤدِّي إلى المناقضة.

وأما إذا تزوجها على خدمة حرٍّ آخر، لا يصح أيضًا، ولو صحّ لا يُؤدِّي إلى المناقضة.

وأما إذا تزوجها على رعي غنمها، أو زِراعة أرضها، عن محمد فيه روايتان: في رواية: لا تستحق عين ذلك، وفي رواية ابن سماعة عنه: يصح.

وفرّق بين الخدمة وبين غيرها، ووجه الفرق: أن رعي الغنم وزِراعة الأرض من باب القيام بأمور الزوجات، وأنه ليس بحرام، وإنما الحرام نفس الخدمة؛ لأنها توجب الإهانة، ألا ترىٰ أن الابن إذا استأجر أباه ليخدمه، لا يجوز، ولو استأجر لعمل آخر، جاز، فكذلك هاهنا.

وأما الكلام مع محمد، حجّته: أنه سمىٰ مالاً متقوَّمًا، وقد عجز عن التسليم؛ صيانةً للشرع عن التناقض، فتلزمه قيمة المُسَمَّىٰ، كما لو تزوجها على عبد فاستحِقَّ.

ولأبي حنيفة: أن القياس يأبىٰ تقويم المنفعة؛ لفقدان المماثلة بينها وبين غيرها، وإنما جعلت متقوّمةً بالعقد عند إطلاق الانتفاع، والتمكُّن من الاستيفاء، فعند العجز، بَقِيَت على الأصل، وصارت تسميتها وتسمية الخمر والخنزير سواء، وثَمَّ يجب مهر المثل.

ولهذا لو جعل منفعة البضع صَداقًا: وهو نكاح الشغار، لا يَصِحُّ: وهو أن يُزوِّج الرجل ابنته على أن يُزوِّجه ابنته أو أخته، لا يصح، وكان لها مهر المثل، كذلك منفعة البدن[1].

بخلاف ما لو تزوجها على عبد الغير؛ لأنه مالٌ متقوَّمٌ في نفسه، فيصح تسميته، وتقوم القيمة مقامه عند العجز، وبخلاف ما لو كان الزوج عبدًا؛ [٨٧/أ] لأن العبد أُلحِق بالبهائم، وسُلِب عنه عامة الكرامات، وكانت منفعته ومنفعة البهائم سواء، وإنما حُرِّم ذلك على الحر؛ إظهارًا لشرف الحرية والزوجية جميعًا.

رجل بعث إلى امرأته شيئًا، ثم اختلفا

(**رجل بعث إلى امرأته شيئًا، ثم اختلفا، فقالت المرأة: كانت هديةً، وقال الزوج: هو من المهر، فالقول قول الزوج، وهو من المهر، إلّا في الطعام الذي يُؤكَل، فإن القول فيه قولها**)؛ لأن التمليك استفيد من جهته، فكان القول في بيان الجهة قوله؛ ولأن الظاهر شاهدٌ له؛ لأن أداء المهر واجبٌ، والإهداء ليس بواجب، فالظاهر: أنه يُقدِّم إسقاط الواجب على التبرُّع.

---

(١) في ب (البدل).

والقياس في الطعام كذلك، إلَّا أنا تركنا القياس بالعُرْف؛ لأنهم لا يقصدون بالطعام المُهيَّأ للأكل نحو: الحمل المَشْوِيّ، والحلو، وغيرها من الأشياء التي لا يمكن ادِّخارها إلى وقت البيع، إيفاءً للمهر، وإنما يقصدون الإهداء، حتى إن ما لا يكون مهيّأً للأكل، كالشَّاة الحيَّة، والحِنْطة، والدَّقِيْق، والسُّكر، كان القول فيه قول الزوج، ويكون من المهر.

نصراني تزوج نصرانية على غير مهر وذلك في دينهم جائز

(نصرانيٌّ تزوج نصرانيةً على غير مهر، وذلك في دينهم جائز، ودخل بها ثم طلقها، أو مات عنها، أو طلَّقها قبل الدخول بها، فالنكاح جائز، ولا مهر لها)، وكذا لو تزوجها على ميتة، أو دم، وكذلك الحربيان في دار الحرب.

(وقال أبو يوسف ومحمد: في الحربيين كذلك، وفي الذميين في دار الإسلام، إذا تزوجها ولم يُسمِّ لها مهرًا ودخل بها، أو مات عنها، لها مهر المثل، وإن طلَّقها قبل الدخول، لها المتعة)، بمنزلة[1] المسلمين.

وقال زفر: في الحربية أيضًا لها مهر المثل والمتعة إن طلَّقها قبل الدخول.

أما الكلام مع أبي يوسف ومحمد، لهما: أن أهل الذمة التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملة، قال الله تعالىٰ: **﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ وَٱحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنۢ بَعْضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ﴾** [المائدة: ٤٩]، ووجوب مهر المثل بالنكاح عند نفي المهر من أحكام الإسلام، فيظهر ذلك بينهم، كما ظهر الربا، وحكم الزنا، وبخلاف أهل الحرب.

ولأبي حنيفة: أنهم يدينون النكاح بغير مهر، وقد أُمْرنا بأن نتركهم وما يدينون؛ ولهذا يصح النكاح بينهم بغير شهود، فكذلك بغير مهر، بخلاف الرِّبَا؛ لأنه حرامٌ في الأديان كلها، قال الله تعالىٰ: **﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾** [النساء: ١٦١]،

---

(١) في ج (يميز به المسلمين).

بيّن أنه كان حرامًا في دينهم، أما النكاح بغير مهر، جائز في دينهم، فلا نتعرَّض لهم، كما لو تزوَّجها على خمر أو خنزير، فإنه يصح النكاح، ولا يجب شيء آخر؛ ولأن المهر لو وجب، لا يخلو: إما أن يجب حقًّا لها، أو حقًّا للشرع لا وجه إلى الأول؛ لأنها رضيت بغير مهر، ولا وجه للثاني؛ لأنه غير مخاطَب بحقوق الشرع، هذا إذا تَزَوَّجها على أن لا مهر لها.

فإن تزوَّجها وسكت عن المهر، يرجع إلى دينهم، فإن كان في حكم [ملكهم][1]: أنهم لو اختصموا في ذلك لا يوجب المهر عند السكوت، لا يجب، وإن دانوا وجوب المهر عند السكوت، كان لها مهر المثل.

وأما إذا تزوَّجها على ميّتة، أو دم، ذكر هاهنا وقال: لا شيء لها في قول أبي حنيفة، وذكر في «الأصل» وقال: لها مهر مثلها، قيل: ما ذكر ثَمَّةَ في «الأصل» قولهما، لا قول أبي حنيفة، وإنْ كان ما ذكر في «الأصل» قول الكل، كان فيه عن أبي حنيفة روايتان.

وجه تلك الرواية: أنها لم تَرْضَ بالنكاح بغير بدل، ووجه ما ذكرنا هاهنا: أنها لمّا رضيت بشيء لا قيمة لها، فقد رضيت بغير بدل.

ذِمِّيٌّ تزوَّج ذمِّيَّة على خمر أو خنزير ثم أسلما

(ذِمِّيٌّ تزوَّج ذمِّيَّةً على خمر أو خنزير، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض، إن كان الخمر والخنزير بعينها، فلا شيء لها غير ذلك، وإن تزوَّجها على خمر أو خنزير بغير عينه، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض، فلها في الخمر قيمة الخمر، وفي الخنزير في القياس كذلك، وفي الاستحسان : لها مهر المثل، وقال محمد : لها القيمة على كل حال، وقال أبو يوسف آخرًا : لها مهر المثل على كل حال، وقيل : قوله الأول، كقول محمد)

---

(١) في أ، ج (مللهم)، وفي د (ملتهم)، والمثبت من ب.

أما الكلام في العين، لهما: أن الإسلام وجد [والحرام][(١)] غير مقبوض، وللقبض حكمُ ابتداء التمليك، ولهذا لو هلك قبل القبض، كان الهلاكُ على الزوج، فيمتنع بعد الإسلام.

ولأبي حنيفة: أن الملك في المعيَّن[(٢)] تامٌّ قبل القبض؛ لأنها تملك التصرُّف في الصَّداق قبل القبض، ولم يَبْقَ إلَّا صورة اليد، وصورتها: اليد على الخمر، لا تمتنع بسبب الإسلام، حتى لا تمنعه عن استردادها من الغاصب، مع أن فيه إزالة اليد المانعة: وهي يد الغاصب، فلأنْ لا تمنعها عن القبض، كان أولىٰ.

وأما الفصل الثاني: وهو ما إذا لم يكونا عَيْنَيْن، أجمعوا على أنها لا تستحق عين الخمر والخنزير؛ لأن الصَّداق إذا لم يكن معيّنًا، كان للقبض حكم التمليك والتملّك، فيتعذَّر بسبب الإسلام.

ثم قال أبو يوسف: لمَّا كان للقبض حكمُ ابتداء التمليك، كان الإسلام الطارئ على العقد بمنزلة المقترن بالعقد، ولو كانا مسلمين وقت العقد، أو كان الزوج مسلمًا، لا تصح التسمية، ويكون لها مهر المثل، كذلك هاهنا. [٨٧/ب]

ومحمد يقول: بأن التسمية قد صحَّت؛ لأنَّ الخمر والخنزير متقوَّمٌ في حقِّهم، إلَّا أنه امتنع التَّسليم، فيُصَار إلى البدل، كما لو هلك المُسَمَّىٰ، والخمر وإن كان من ذوات الأمثال، إلَّا أنه تعذَّر إيجاب المثل، فتجب القيمة.

ولأبي حنيفة: أن القياس ما قاله محمد، وإنما وجب في الخنزير مهر المثل استحسانًا؛ إما لِبُعْد الخنزير عن المالية في حق المسلمين، فإن المسلمين

---

(١) في أ، ج (الخمر)، والمثبت من ب، د.
(٢) في ج (في العين قائم).

لا يَتَمَوَّلون الخنزير، ويتموَّلون القيمة، أو لأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير، ولهذا لو أتىٰ بقيمة الخنزير قبل الإسلام، أُجبِرت على القبول، فكان وجوب قيمة الخنزير من موجبات تلك التسمية، وبالإسلام يعتبر حكم التسمية، فإنما يستوفىٰ بعد الإسلام ما ليس من موجبات تلك التَسْمِيَة: [وهو مهر المثل، أمَّا قيمة الخمر ليس من موجبات تلك التَسْمِيَة]، فيستوفىٰ بعد الإسلام.

خلا بامرأته، وأحدهما مُحْرِمٌ بفرض، أو تَطَوّعٍ أو نذر، أو صائم

(**رجل خلا بامرأته، وأحدهما مُحْرِمٌ بفَرْض، أو تَطَوُّعٍ، أو نذر، أو صائمٌ في رمضان، أو هو مريضٌ لا يقدر على الجماع، أو هي حائضٌ، ثم طلَّقها، فلها نصف المهر**)؛ لأن هذا طلاق قبل الدخول، وإنما يتأكَّد المهر بالخلوة عندنا إذا لم يكن بينهما مانعٌ من الوطء، والإحرام لازمٌ، فرضًا كان أو نفلاً، لو جامع فيه يلزمه الدم، ويمضي فيه، ويُؤمَر بالقضاء، وصوم الفرض وصلاة الفرض كذلك، يَحْرم إبطالهما، والحيض يمنعه طبعًا وشرعًا، والمريض يمنعه حسًّا.

(**وإن كان صائمًا عن التطوُّع، فلها كل المهر**)؛ لأنه يُباح له الإفطار بعذر الضيافة، وإدخال السرور على قلب أخيه، هكذا روي عن محمد، وهو موافق لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن رجلاً أضاف رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم مع أصحابه (رضي الله عنهم)، وكان فيهم رجلٌ صائمٌ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أجب أخاك، واقْضِ يومًا مكانه**»[1]، فعلىٰ هذا، قالوا: له أن يفطر لأجل المرأة.

---

(١) «رواه أبو داود الطيالسي في مسنده، من حديث أبي سعيد الخدري، ورواه كذلك الدارقطني في سننه، وقال: هذا مرسل ....، وحديث آخر رواه الدارقطني عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه». نصب الراية ٢/ ٤٦٥.

ومنهم من قال: لا يُباح له الإفطار بعذر الضيافة؛ لِمَا روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إذا دُعي أحدكم إلى طعام فليُجِبْ، فإن كان مفطرًا فليأكل، وإن كان صائمًا فليُصَلِّ**»[١]، يعني: يدعو له بالبركة، والأوَّل أَصَحّ، والحديث الثاني محمولٌ على أنه لا يفطر لشهوة نفسه؛ لِمَا روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إن أخوف ما أخاف على أمتي: الرياء، والشهوة الخفيّة**»، قيل: وما الشهوة الخفيّة يا رسول الله؟ قال: «**أن يصبح صائمًا، ثم يفطر على طعام يشتهيه**»[٢].

وفي رواية شاذَّة عن أبي حنيفة: أنَّ صوم التطوُّع يمنع صحّة الخلوة؛ لأنه يمنعه عن الوطء شرعًا؛ لِمَا فيه من إبطال العمل.

وفي صوم القضاء روايتان: في رواية: تمنع صحة الخلوة؛ لأن القضاء بمنزلة الأداء، وفي رواية: لا تمنع، وأنه لا يلزمه بالإفساد إلَّا قضاء يوم مكانه، بمنزلة التطوُّع من هذا الوجه، وصلاة النفل لا تمنع صحة الخلوة، بمنزلة الصوم.

الخلوة إذا كان معهما أعمى أو نائم

[ولو كان معهما أعمىٰ أو نائمٌ، لا تصحّ الخلوة؛ لأن الأعمىٰ يُحِسُّ، والنائم ينتبه، وقيل: عند أبي يوسف ومحمد: النائم لا يمنع صِحَّة الخلوة]، وإن كان معهما صغيرٌ لا يعقلُ، أو مُغمىٰ عليه، صحّت الخلوة، ولو كان الثالث امرأةً أخرىٰ، أو جاريةَ الرجل أو المرأة، لا تصح الخلوة.

والمكان الذي تصح فيه الخلوة: أن يكونا آمِنَيْن من اطِّلاع العين عليهما بغير إذنهما: كالدار، والبيت، ولو كانا في الصحراء، أو في الطريق الأعظم،

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٣١)؛ وأحمد في المسند ٥٠٧/٢، وأصحاب السنن.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرِّجاه» ٣٦٦/٤؛ وأحمد في المسند ١٢٣/٤؛ وابن ماجه (الشطر الأوَّل) (٤٢٠٥)؛ والطبراني في الأوسط والكبير ٢٨٤/٧.

أو على سطح ليس على جوانبه سِترٌ، أو كان الستر رقيقًا، أو قصيرًا بحيث لو قام إنسان يقع بصره عليهما، لا تصح الخلوة.

الأصل في تأكُّد المهر بالخلوة

والأصل في تأكُّد المهر بالخلوة: قوله تعالىٰ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، نهىٰ عن استرداد شيء من الصَّداق بعد الخلوة، فإن الإفضاء عبارةٌ عن الخلوة، ومنه سُمّي المكان الخالي، فضاءً، ولا بُدَّ من الخلوة.

المجبوب إذا خلا بامرأته ثم طلقها

(والمجبوب إذا خلا بامرأته ثم طلَّقها، فلها المهر كاملاً، وقال أبو يوسف ومحمد: لها نصف المهر)؛ لأن العجز بسبب الجَبِّ فوق العجز بسبب المرض، بخلاف الخَصِيِّ والعِنِّينِ، ولأبي حنيفة: أن هذا عجزٌ لا يُرجىٰ زواله، فكان المعقود عليه في حقه بمنفعة المَسَاس، وقد سلِمَتْ ذلك من غير مانع، ولهذا لو جاءت بولد، ثبت النسب منه.

وأما الرَّتْقُ، والقَرْنُ، فقد قال في «الأصل»: إنه يمنع صحة الخلوة، ولم يذكر فيه خلافًا، قيل: على قول أبي حنيفة: تصح الخلوة، والأصح: أن هذا قول الكل؛ لأن هذا عذرٌ من جهة مَنْ عليه التسليم، فاعتبر مانعًا، بخلاف الجَبِّ، فإن ذلك مِن قِبَل مَنْ له الحق، فلا يمنع التسليم.

العدة في هذه الفصول

[٨٨/أ]

(وتجب العدة في هذه الفصول)، إلَّا إذا فسدت الخلوة بالعجز عن الجماع حقيقةً، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا تجب العدة، وهو القياس؛ لأن هذا طلاق قبل الدخول حقيقةً، وإنما تجب العدة بالخلوة إذا أُقيمت مقام الجماع في حق تأكُّد المهر، فإذا لم يتأكَّد المهر، لا تجب العدة.

وجه الاستحسان: أن العدة حق يحتاط فيه، فتجب عند توهُّم الدخول احتياطًا. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
تَزْوِيجِ العَبْدِ والأَمَةِ

عبد تزوّج امرأة بغير إذن مولاه فقال له: طلقها

(عبدٌ تزوَّج امرأةً بغير إذن مولاه، فقال له المولىٰ: طلَّقها، أو فارقها، لم تكن إجازةً)، أما في قوله: فارقها؛ فلأن المفارقة كما تكون في النكاح الجائز، تكون في النكاح الفاسد، فلا تكون إجازةً بالشك، بل فيه إظهار الكراهية والسخط، وكذا قوله: طلِّقها.

وقال ابن أبي ليلىٰ: قوله: طلِّقها، تكون إجازةً؛ لأنه أمر بالطلاق المطلق، فينصرف إلى الجائز.

ولنا: أن الأمر بالطلاق يحتمل الأمر بالمتاركة، فليس في هذا الكلام ما يدُلُّ على الإجازة والرضا، فلا تثبت الإجازة، حتى لو قال: أوقع عليها تطليقةً، أو طلِّقها تطليقةً، يقع عليها، وتكون إجازةً؛ لأن وقوع الطلاق مختصٌّ بالنكاح الجائز، فتكون إجازةً، وكذا لو قال: **(طلِّقها تطليقةً، يملك الرجعة، تكون إجازةً)**؛ لأن الطلاق الذي يعقب الرجعة، لا يكون إلَّا في النكاح الجائز، وفيه دلالةٌ على الرضا بدوام الملك إلى وقت انقضاء العدة، فتكون إجازةً.

رجل تزوّج أمة فأراد أن يعزل عنها

(رجل تزوَّج أمةً، فأراد أن يعزل عنها، فالإذن في العزل إلى المولىٰ).

هذه المسألة تدل على جواز العزل، خلافًا لما قاله بعض الناس، والأصل فيه: ما روي أن الصحابة رضي الله عنهم استأذنوا النبي عليه الصلاة والسلام في العزل[١]، فأذن لهم، وقد جاء عن بعض المفسرين في تفسير قوله تعالىٰ: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]: إن شئتم عزلاً، وإن شئتم غير عزل.

ولا خلاف أن المولىٰ ينفرد بالعزل في المملوكة؛ لِمَا روي: «**أن جارية لعبد الله بن عباس رضي الله عنهما ولدت ولدًا، فنفاه وقال: كنت أطأها وطئًا، ولا أبغي ولدها**»[٢]، أي: كنت أعزل عنها.

وفي النكاح: إن كانت حرَّةً، لا يحِلُّ عنها العزل إلَّا برضا المرأة؛ ولأن النسل مقصودٌ، وفيه تفويت مقصودها، وإخْلال حقها في قضاء الشهوة، ولهذا كان لها أن تطالبه بالوطء.

وإن كانت المنكوحة أمةً، فالإذن في العزل إلى المولىٰ في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر إذن الأمة، لهما: أن العزل يُخِلُّ بقضاء الشهوة، وقضاء الشهوة حقّها، وفيه تفويت الولد الذي هو بقاؤها معنًى.

ولأبي حنيفة: أن كراهة العزل لأجل تفويت الولد، والولد حق المولىٰ؛ ولأن نكاح الأمة حق المولىٰ، حتى يملك إجبارها على النكاح، ويملك مهرها، فكذلك الحقوق المتعلقة بالنكاح، تكون للمولىٰ.

---

(١) أخرج أحمد في مسنده ٣/٢٢: (أنه سئل عن العزل، قال: «لا عليكم أن لا تفعلوا ذلك، فإنما هو القدر»)؛ وأخرجه البخاري (٢١١٦)؛ ومسلم (١٤٣٨).

(٢) «أورده السرخسي عن زيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم». المبسوط ١٧/٩٩.

وهذه ثلاثة مسائل: أحدها هذه.

لو طلَّقها رجعيًا، وقال -عند انقضاء عدتها -: كنت راجعتك فيها

والثانية: **(لو طلَّقها طلاقًا رجعيًّا، فقال لها بعد انقضاء العدة: كنتُ راجعتكِ في العدَّة، وصَدَّقَه المَوْلىٰ، وكذّبته الأمة، عند أبي حنيفة: القول قول الأمة، وعندهما: القول قول المولىٰ).**

لهما: أنه أَقَرَّ بما هو خالص حقّه، وهو ملك المتعة، فَيَصِحُّ، كما لو أقرَّ عليها بالنكاح، ولأبي حنيفة: أنه أقرَّ عليها بنكاح يبتنىٰ على العدة، والقول في العدة قولها.

لو قالت: انقضت عِدَّتِي

وفي المسألة الثالثة: فإنها **(لو قالت: انقضت عِدَّتِي، كان القول قولها، لا قول للمولىٰ فيه)**؛ لعدم العلم لغيرها على ما في رَحْمها، فكذلك فيما يبتنىٰ عليها.

وإن صدَّقته الأمة وكذَّبه المولىٰ، عندهما: المعتبر تكذيب المولىٰ؛ اعتبارًا للتكذيب بالتصديق، ولأبي حنيفة فيه قولان: في قوله الظاهر: يعتبر تصديق الأمة؛ اعتبارًا للتصديق بالتكذيب، وفي قول: يعتبر تصديقهما جميعًا؛ لأن الرجعة تشتمل على حقهما جميعًا، فلا تثبت بتصديق أحدهما؛ ولأنها حلَّت للمولىٰ لانقضاء العدة من حيث الظاهر، فلا يصح إقرارها على المولىٰ في إبطال الحِلِّ الثابت له.

لو وجدت الأمة زوجها عِنِّينًا

ولو وجدت الأمة زوجها عِنِّينًا، ذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن على قول أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة: حق الخصومة تكون للمولىٰ؛ لأن فيه تفويت الولد الذي هو ملك المولىٰ، وعلى قول زفر: الخصومة في ذلك تكون لها؛ لأن المقصود من الوطء قضاءُ الشهوة، وهو خالص حق الأمة.

قال لعبده: تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحًا فاسدًا

(رجل قال لعبده: تزوَّج هذه الأمة، فتزوَّجها نكاحًا فاسدًا، ودخل بها، فعلىٰ العبد مهرها، يُباع فيه، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه المهر إذا أُعتِق).

وأصل هذا: أن الإذن بالنكاح عند أبي حنيفة: ينصرف إلى الجائز والفاسد، [٨٨/ب] وعندهما: ينصرف إلى الجائز دون الفاسد، وينبني عليه حكمان: أحدهما ما قلنا.

والثاني: إذا تزوَّجها بوصف الصحة بعد ذلك، عند أبي حنيفة: لا يجوز؛ لانتهاء الإذن بالعقد الأول، وعندهما: يجوز.

وكذا لو أمره أن يتزوَّج امرأةً ولم يُعيِّن، فتزوج امرأةً نكاحًا فاسدًا، ثم تزوَّج أخرىٰ نكاحًا جائزًا، أو جدَّد النكاح في الأولىٰ بوصف الصحة، عند أبي حنيفة: لا يجوز، وعندهما: يجوز.

لهما: أن المقصود من النكاح: التحصين والإعفاف، وذلك لا يحصل بالفاسد، فلا ينصرف إليه اللفظ؛ ولهذا لو حلف لا يتزوّج، ينصرف إلى الجائز دون الفاسد.

ولأبي حنيفة: أن الإذن مطلقٌ، فيتناول النوعين، كالأمر بالبيع، يتناول الجائز والفاسد، والنكاح الفاسد معتبرٌ بالجائز في حق الأحكام، ووجوب المهر، والعدة، وثبوت النسب، وغير ذلك، كالبيع الفاسد؛ ولأن العبد أهلٌ لمباشرة النكاح وحكمه.

وإنما يشترط إذن المولىٰ؛ لتعلُّق المهر بماليته، وفي هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد، وإذا ظهر إذن المولىٰ في ذلك، عند أبي حنيفة: كان المهر دينًا، لزمه بسبب مأذون فيه، فيُباع فيه.

وأما مسألة اليمين، قيل: ذلك قولهما، أما على قول أبي حنيفة: يحنث بالنكاح الفاسد، ولئن كان قول الكل، فالعذر لأبي حنيفة: أن ثَمَّةَ تقيَّد بالعرف، ومبنىٰ الأيمان على العرف، وكذلك التوكيل بالنكاح عند أبي حنيفة، ينبغي أن يتناول الجائز والفاسد، حتى لو تزوَّج امرأةً نِكاحًا فاسِدًا، تنتهي به الوكالة.

رجل زوّج أمته رجلاً ثمّ قتلها قبل الدُّخول

(رجل زوّج أمته رجلاً، ثمَّ قتلها قبل أن يدخل بها الزوج، فلا مهر لها على الزوج، وقال أبو يوسف ومحمد : عليه المهر لمولاها).

لهما: أن المقتول ميّتٌ بأجله، ولو ماتت يتأكّد مهرها، فكذلك إذا قتلها المولىٰ؛ ولهذا لو قتلت الحرَّةُ نفسها، يتأكّد مهرها، ولا يسقط.

ولأبي حنيفة: أنه فات المعقود عليه قبل الدخول بفعلِ مَنْ له المهر، وهو المولىٰ، فيسقط المهر، كما لو باعها قبل الدخول من سلطان، أو باعها من رجل وذهب بها من المصر، فإنه تسقط المطالبة عن الزوج، وكذا لو أعتقها قبل الدخول، فاختارت نفسها، فإنه يسقط المهر، مع أن ثَمَّةَ المولىٰ باشر القُربة، وهاهنا ارتكب المعصية.

وقولهما: أن المقتول ميتٌ بأجله، قلنا: القتل لم يعتبر موتًا في حق القاتل، بل اعتبر إهلاكًا [وإتلافًا]، حتى يجب عليه: القصاص، والكفارة، والدية، ويحرم عن الميراث، وجميع أحكام القتل في قتل المولىٰ أمته، ثابت في وجوب الكفارة، ولُحوق الإثم، وإنما لا يجب القصاص والقيمة؛ لأنه لو وجب، وجب له، فلا يفيد، حتى لو كانت رهنًا عند إنسان، يضمن قيمتها.

لو قتلت الأمة نفسها أو الحرة نفسها

(ولو قتَلَتِ الأَمَةُ نفسها)، فعن أبي حنيفة فيه روايتان: في رواية: لا يسقط المهر؛ لأنه حق المولىٰ، فلا يسقط بجنايتها.

(وأما الحرّة إذا قتلت نفسها)، على قول زفر: يسقط المهر؛ لِمَا قلنا في المولىٰ، وعندنا: لا يسقط، بل يتأكّد؛ لأن جناية المرء على نفسه غير معتبرة أصلاً في حق أحكام الدنيا؛ ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد: في المسلم إذا قتل نفسه، يُغسل، ويُصَلَّىٰ عليه، ولا يصير باغيًا على نفسه؛ ولأن قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتًا، إنما يصير تفويتًا بعد الموت، وبالموت انتقل المهر إلى الورثة، فلا يسقط بتفويتها.

أما في الأمة، مهرها ملك المولىٰ، فكان فعله بإتلاف المبدَّل إبطالاً لحق نفسه، وهو يملك إبطال حق نفسه، وهذا كمن قال لغيره: اقتل عبدي، فقتله، لا تجب عليه القيمة.

إذا قال الحر لرجل: اقتلني!

والحرُّ إذا قال لرجل: اقْتُلْني! فقتله، كان على القاتل ديتُه، ولا يصحّ إذنه في إبطال حق الورثة، كذلك هاهنا.

فإن قيل: هذا يشكل بالحرة إذا قتلها وارثها، فإنه لا يسقط المهر أيضًا؛ لأن الوارث صار محرومًا عن الميراث، فلم يَصِرْ مبطلاً حق نفسه في المهر.

أمة تزوجت بغير إذن المولى على ألف ومهر مثلها مائة

(**أمةٌ تزوَّجت بغير إذن المولىٰ على ألف درهم، ومهر مثلها مائة، ودخل بها الزوج، ثم أعتقها مولاها بعد النكاح، فلا خيار لها، والمهر للمولىٰ**)، أمَّا نفاذ النكاح؛ لأن المانع من النكاح كان لحق المولىٰ، وقد زال بالعتق، وعدم الخيار؛ لأن خيار العتق شُرِع في نكاحٍ نافذٍ قبل العتق؛ لدفع زيادة ملك يثبت بعد العتق، والنكاح هاهنا نفذ بعد العتق، والمهر للمولىٰ؛ لأنه وجب بدلاً عن منفعة استوفيت على ملك المولىٰ.

والقياس: أن يلزمه مهران: مهرٌ بالدخول قبل نفاذ النكاح: وذلك مهر المثل، ومهرٌ بالنكاح: وهو المسمّىٰ، وفي الاستحسان: يلزمه مهرٌ واحدٌ: [٨٩/أ] وهو المُسمّىٰ؛ لأن النكاح إذا نفذ، [استند] نفاذه إلى وقت وجوده، والوطيّات وإن تكررت في نكاح واحد، لا يوجب إلَّا مهرًا واحدًا، وإن كان لم يدخل بها الزوج حتى عُتِقت، نفذ النكاح، فلا خيار لها؛ لِمَا قلنا، ويلزمه مهرٌ واحدٌ للمرأة، وهو ألف درهم؛ لأن المهر بدل منفعة البضع، وبالعتق عادت منفعة البضع إليها، وإنما وجب المهر؛ لمنفعة استوفيت على ملكها، فيكون لها.

زَوَّج عبده المأذون المديون امرأة

(رجل زَوَّج عبده المأذون المديون امرأةً، جاز، وتكون المرأة أُسوة الغرماء في مهرها)، أما جواز النكاح لقيام ملك الرقبة، والحاجة إلى التحصين، ولا ضرر للغرماء في النكاح؛ لأن العبد يستعِفُّ بها، والنكاح من أسباب الغنىٰ، ويُعينه على الكسب، ولإيفاء دين الغرماء، وبعدما صَحَّ النكاح، فإنَّما وجب المهر بسبب ظاهر في حق الغرماء: وهو النكاح، فأشبه دين الاستهلاك، فتكون أُسوة الغرماء، وهذا الجواب محمولٌ: على ما إذا كان النكاح بمهر المثل أو أقلَّ من ذلك.

مكاتبة تزوجت بإذن المولى، ثم أعتقت

(مكاتبةٌ تزوَّجت بإذن المولىٰ، ثم أعتقت، كان لها الخيار)، وقال زفر: لا خيار لها؛ لأن النكاح نفذ بمباشرتها، وبدل البضع سَلِم لها، فلا يكون لها الخيار، كما في المسألة المتقدمة.

ولنا: قوله عليه والصلاة والسلام لبريرة: «**ملكت بضعتك، فاختاري**»[1]، وكانت مكاتبةً، وقد ملكت بضعها؛ ولأن الخيار شُرِع في نكاح نافذ قبل العتق؛ لدفع زيادة ملك يثبت بعد العتق، وقد ثبت.

رجل تزوج أمة فإن بوّأها المولى بيتًا

(رجل تزوَّج أمةً، فإن بوّأها المولىٰ معه بيتًا، فلها النفقة، والسكنىٰ على الزوج، وإلَّا فلا)، أما المولىٰ لا يُجبر على التبوئة؛ لأن الرقبة بقيت على ملكه فلا يُجبَر على إزالة اليد، ولا تجب النفقة قبل التبوئة؛ لأنها وجبت بالاحتباس، فلا يجب بدونه.

وكذا لو دخل بها وطلَّقها ثنتين، فإن كان المولىٰ بوّأها معه بيتًا في حال النكاح، فلها النفقة في العدة، وإلَّا فلا، وإن بوّأها المولىٰ بيتًا في العدة؛

---

(١) أخرجه الدارقطني موصولاً؛ وابن سعد من مرسل الشعبي، وفي الصحيحين «عن عائشة: أن بريرة عتقت، فخيَّرها النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم من زوجها»، كما في الدراية ٢/٤٦؛ ونصب الراية ٢/٢٠٤.

لأن نفقة العدة تبنىٰ على النفقة حال قيام النكاح؛ لأن العدة حق من حقوق النكاح، وحق الشيء يعتبر بأصله، فإذا كانت مستحقةً للنفقة قبل الطلاق، يبقىٰ كذلك في العدة، وإلَّا فلا تصير مستحقةً في العدة.

والقياس في الناشزة: إذا تركت النشوز في العدة، لا تستحق النفقة، وإنما استحسنا وجوب النفقة؛ لأن ثمّة استحقاق الحبس لحق الزَّوج ثابتٌ، وإنما امتنعت المطالبة بالنفقة بسبب النشوز، فإذا زال المانع، صار كأن لم يكن، ويظهر الاستحقاق الثابت.

أما هاهنا لم يكن للزوج أن يحبس الأمة عن المولىٰ، وبدون ذلك لا تستحق النفقة، فلا تجب في العدة ابتداءً.

رجل وطأ أمة ابنه فولدت منه ولدًا

(**رجل وطأ أمة ابنه، فولدت منه ولدًا، فادَّعَاه، صارت الجارية أم ولد له، وعليه قيمتها للابن، ولا عُقر عليه**)

وقال الشافعي: عليه المهر؛ لأن تملُّك الجارية حكمُ الاستيلاد، وحكم الشيء لا يسبقه، فكان أول الوطء في ملك الغير، ولم يجب الحد لمكان الشبهة، فيجب العُقر، كما لو استولد جاريةً مشتركةً بينه وبين غيره.

وإنا نقول: وطأ ملك نفسه؛ لأن التملُّك شرطُ صحة الاستيلاد؛ إذ الاستيلاد لا يصح إلَّا بحق الملك أو حقيقته، ولا حق في جارية الابن، بدليل حل الوطء للابن، فكان التمليك شرطًا لصحة الاستيلاد، فيسبقه.

وذكر ابن سماعة: أن آخر ما استقرَّ عليه قول أبي يوسف: أن الجارية لا تصير أم ولد له، ويكون الولد حرًّا بالقيمة، وعليه العُقر للابن، وإنما ثبت النسب؛ لأنه صار مغرورًا بظاهر إضافة مال الولد إليه، فكان حكمه حكم ولد المغرور.

(وإن كان الابن زَوَّجَها إيَّاه، فولدت منه ولدًا، لم تَصِرْ الجارية أم ولد له، وعليه المهر المسمَّىٰ)، ولا يغرَم قيمة الجارية، ولا قيمة الولد، أما جواز النكاح مذهبنا، وقال الشافعي: لا يجوز[1]، والمسألة معروفة.

وإنما لم تَصِرْ الجارية أم ولد له؛ لعدم الملك؛ لاسْتِغْنائه بمِلْك النكاح عن ملك اليمين، وبدون الملك لا تصير الجارية أم ولد له، فلا يغرم قيمتها.

وإذا ثبت النسب، والولد يتبع الأم في الرق والحرية، وإنما عُتِق الولد على أخيه بحكم القرابة، فلا يغرَم قيمته، وعليه المهر المسمَّىٰ بالنكاح، وفي الفصل الأول: عُلِق الولد حرَّ الأصل؛ لأنه صار متملِّكًا للجارية.

حُرَّة تحت عبد قالت لمولاه: أعتق عبدك عني

(حُرَّة تحت عبد، قالت لمولاه: أعتِقْ عبدك عني على ألف درهم، ففعل المأمور ذلك، فسد النكاح، وولاؤُه للمرأة)، وعند زفر: لا يفسد النكاح، والولاء للمُعتِق؛ لأن الملك لو ثبت لها، إنما يثبت بطريق الاقتضاء، وزفر لا يقول بالاقتضاء، **(وإذا لم يثبت الملك لها، لا يفسد النكاح)**. [٨٩/ب]

ولنا: أنَّه طلبت الإعتاق عنها، وذاك لا يكون إلَّا بعد ثبوت الملك لها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا عتقَ فيما لا يملكه ابن آدم**»[2]، فصار كأنها قالت: ملِّكني، ثم كُنْ وكيلي في الإعتاق، ولو صرّحت بذلك، ثبت الملك سابقًا على الإعتاق، كذلك هاهنا، وإذا ثبت ملك اليمين، فسد النكاح ضرورةً.

---

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ٣١٦/١٣.

(٢) الحديث «أخرجه أبو داود والترمذي من حديث عبد الله بن عمرو»، كما في نصب الراية ٢٧٨/٣؛ ونحوه عن ابن عباس وجابر، انظر: الدراية ٨٥/٢

ولا يقال: لو فسد النكاح، إنما يفسد أن لو ثبت الحل بملك اليمين؛ لاستغنائه عن ملك النكاح، وذلك لا يوجد هاهنا؛ لأن الملك يثبت ضرورةً بصحيح الإعتاق، فلا يظهر في حق فساد النكاح؛ لأنا نقول: إنما يفسد النكاح لمكان التنافي؛ لأن حكم النكاح: أن يكون الزوج مالكًا، والمرأة مملوكةً، وحكم ملك اليمين: أن تصير مالكةَ زوجها، فإنما يفسد النكاح ضرورةً بعذر الجمع بين المُتَنَافِيَيْن، فالعتق لا يتحقق بقضية الحديث، إلَّا في ملك مطلق، لا في الملك الثابت من وجه دون وجه، ألا ترىٰ أن من قال لأمة تحته: إن اشتريتُكِ فأنتِ حرَّةٌ، فاشتراها، عُتِقت وفسد النكاح؛ لِمَا قلنا.

ولو قالت: أعتقه عنّي، ولم تُسَمِّ مالاً، ففعل، لا يفسد النكاح، والولاء للمُعتِق، وعند أبي يوسف: الجواب فيها، كالجواب في المسألة الأولىٰ؛ لأنها طلَبَتِ الإعتاق عنها، ولا بُدَّ من ثبوت الملك لها، فإذا لم يذكر العوض، كان اشتباهًا، لو امتنع ثبوت الملك، إنما يمتنع لعدم القبض، وهذه هبةٌ حصلت في ضمن الإعتاق، فلا يشترط لها القبض، وهما قالا: هذه هبةٌ لم تُفِدْ الملك؛ لعدم القبض، فلا يفسد النكاح.

هما فَرَّقَا بين هذه المسألة، وبين ما إذا كان على الرجل كفارةُ الظهار، فأمر إنسانًا أن يُطعِم عنه، ولم يذكر العوض، فأطعم، يقع عن الآمر بالإجماع، وسنذكر ذلك في باب الظهار إن شاء الله تعالىٰ. [والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

❊❊❊

كتَابُ الطّلَاقِ

بَابُ طَلَاقِ السُّنَّة

قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا للسُّنّة، ولا نيّة له

(رجل قال لامرأته وقد دخل بها، وهي من ذوات الحيض: أنت طالق ثلاثًا للسنة، ولا نيّة له، فإن كانت في طهر لم يجامعها فيه، فهي طالق في الحال واحدةً، ثم يقع عليها عند كل طهر تطليقةً)؛ لأن السنة في الطلقات الثلاث: تفريقها على الأطهار؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر رضي الله عنه: «**إن من السنَّة أن يستقبل العدة استقبالاً، فتُطلِّقها لكل مرة تطليقةً**»[1].

فإن نوى أن تقع الثلاث الساعة

(**فإن نوىٰ أن تقع الثلاث الساعة**)، صحّت النية، سواء كانت في الحيض أو في الطهر، وقال زفر: لا تصح نيّة الجمع؛ لأنه بلفظ السُّنَّةِ، وإيقاعُ الطلاق جملةً في طهر واحد، أو في الحيض، أو في طهرٍ جامعها فيه، بدعةٌ، والبدعة ضد السُّنَّةِ.

ولنا: أن وقوع الثلاث جملةً، عُرِف بالسُّنَّةِ، وأنه مذهب أهل السُّنَّةِ؛ لأن هذه سنةٌ من حيث الوقوع، لا من حيث الإيقاع، والسُّنَّة في الإيقاع: تفريقها على الأطهار، فعند عدم النيّة، يُحمَل على السُّنَّة من حيث الإيقاع والوقوع جميعًا، فإذا نوىٰ السُّنَّة من حيث الوقوع خاصةً، وفيه تغليظٌ، صحّت نيّته.

---

(١) «روىٰ الدارقطني والطبراني من حديث ابن عمر، في قِصَّة تطليقه امرأته، فقال له النبي صلّىٰ الله عليه وسلّم: «السُّنَّة أن تَستَقبِل الطُّهر، فتُطلِّق لكل قُرْءٍ»، وقال البيهقي: أتىٰ عطاء الخرساني في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها، وهو ضعيف»، كما في الدراية ٢/٦٩.

إن نوى أن تقع عند رأس كل شهر واحدة

(**فإن نوىٰ أن تقع عند رأس كل شهر واحدةٌ، صحَّت نيَّته**)؛ لأن رأس الشهر يحتمل أن يكون زمان طهرها، فيكون سُنِّـيًّا مطلقًا، ويحتمل أن يكون رأس الشهر زمان حيضها، فيكون سنيًّا من حيث الوقوع، [فكان متردِّدًا بين أن يكون سُنِّـيًّا مُطلقًا، وبين أن يكون] سُنيًّا من حيث الوقوع قطعًا، صَحَّت نيَّته، فهذا أولىٰ.

وإن كانت من ذوات الأشهر، وقد دخل بها

(**وإن كانت من ذوات الأشهر، وقد دخل بها، يقع في الحال واحدةٌ، ثم بعد شهر أخرىٰ، ثم بعد شهر أخرىٰ**)؛ لأن الشهر في حق الآيسة والصغيرة، أُقيم مقام القروء في حق ذوات الأقراء، كما في العدة والاستبراء ونحو ذلك.

فرق بين ذوات الأقراء وبين ذوات الأشهر في الطلقة الأولىٰ: في ذوات الأشهر: يقع الطلاق للحال، وإن كان قد جامعها الساعة، وفي ذوات الأقراء: إن كان ذلك في طهر جامعها فيه، لم تطلق حتى تحيض وتطهر.

ووجه الفرق: أن الطلاق السنّي لا تعقبه ندامه، والطلاق في طهر جامعها فيه في ذوات الأقراء، إنما يكون سببًا للندامة عند ظهور الحبل، فلا يكون سنيًّا؛ فلهذا لا تقع الأولىٰ في الحال، هذا المعنىٰ لا يتصور في ذوات الأشهر.

إن نوى وقوع الثلاث جملة في الآيسة

(**وإن نوىٰ وقوع الثلاث جملةً في الآيسة والصغيرة**)، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في حق ذوات الأقراء.

ولو قال: أنت طالق للسنة، ونوىٰ الثلاث، صحّت نيّته، ويقع في كل طهر واحدةٌ، وإن نوىٰ وقوع الثلاث جملةً، يصح؛ لأنه إذا نوىٰ الثلاث، صار كقوله: أنت طالق ثلاثًا للسنة، وفي قوله: أنت طالق ثلاثًا للسنّة، إذا نوىٰ الوقوع جملةً، صحّ، كذا هنا. ذكره في باب الطلاق من طلاق «الأصل».

[٩٠/أ] وذكر بعض المتأخرين في شرح هذا الكتاب: أنَّه لا يصح، حتى لا يقع أكثر من واحدة؛ لأن الثلاث ليس بملفوظ، وإنما تصح نيّة الثلاث؛ لتعدُّد وقت السُّنَّة، فإذا نوىٰ وقوع الكل الساعة، بطل؛ لعدم[1] الوقت، فبطل نيّة الثلاث ضرورةً.

إن أراد أن يطلق الحامل ثلاثًا للسُّنَّةِ

وإن أراد أن يُطلِّق الحامل ثلاثًا للسُّنَّةِ، يُطلِّقها في الحال واحدةً، ثم بعد شهر أخرىٰ، ثم بعد شهر أخرىٰ، أما له أن يُطلِّقها واحدةً، وإن كان قد جامعها الساعة؛ لأن الطلاق عقيب الجماع إنما يكره لتوهُّم الحبل، واشتباه أمر العدة بسببه، والإيقاع بعد ظهور الحبل لا يحتمل ذلك، **(وتُطلَّق الحامل ثلاثًا للسنة مفرَّقًا على الأشهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا تُطلَّق الحامل للسنة إلَّا واحدةً)**، والمسألة معروفة.

❊❊❊

(١) في ج (تعذر).

بَابٌ
فِي الرَّجُلِ يَقُوْلُ: إِنْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةً فَهِيَ طَالِقٌ

قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق

(رجل قال : كل امرأة أتزوَّجها فهي طالق، فتزوَّج امرأةً، طلقت، فإن تزوجها بعد ذلك، لم تطلق.

قال: كُلَّمَا تزوجت امرأة فهي طالق

فإن قال : كُلَّمَا تزوجتُ امرأةً فهي طالق، تزوجها ثلاث مرات، طلقت ثلاثًا، فإن عادت إليه بعد زوج آخر، أيضًا طلقت).

والفرق: أن كلمة «كل» تصحب الأسماء وتعُمُّها، ولا تصحب الأفعال، قال الله تعالىٰ: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَآئِقَةُ ٱلْمَوْتِ﴾ [آل عمران : ١٨٥] ، يقال: كل رجل، ولا يقال: كل دخل، فأوجبت عموم النساء، ولا يتجَّدد الوقوع ما لم يتجدَّد الاسم، وتكرار العقد على امرأة واحدة، لا يوجب تجدُّد الاسم، فلا يتجدَّد الوقوع.

أما كلمة «كُلَّمَا» تصحب الأفعال وتَعُمُّها، قال الله تعالىٰ: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النساء : ٥٦] ، ويقال: كُلَّمَا دخل، ولا يقال: كُلَّمَا زيد، فتتجدَّد به الوقوع بتكرار الفعل: التزوُّج، سواء تجدَّد في امرأة واحدة، أو في امرأتين.

قال: إن تزوّجت فلانة، فهي طالق

(رجل قال : إن تزوَّجتُ فلانةً، فهي طالقٌ، فتزوجها، فجاءت بولد لستة أشهر منذ يوم تزوَّجها، فهي امرأته، وهو ابنه، وعليه مهرٌ واحدٌ) ؛ لأنه كلَّما

تزوَّجها، صارت فراشًا له، فإذا جاءت بالولد لستة أشهر من وقت التزوُّج، فقد جاءت بالولد لمدة حبَلٍ تامٍّ من وقت ثبوت الفراش، ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، فيثبت النسب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الولد للفراش**»[1]، ومتىٰ حكمنا [بالنسب][2]، حكمنا بتأكُّد النكاح، والطلاق في النكاح المتأكَّد، يوجب كل المهر.

وذكر أبو يوسف في «الأمالي»: أن عليه مهرًا ونصفًا في القياس: نصفُ مهرٍ بالطلاق قبل الدخول، ومهرٌ آخرُ بالدخول بحكم إقراره، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ استحسن وقال: لا يلزمه إلَّا مهرٌ واحدٌ؛ لأنا جعلناه واطئًا بحكم النكاح.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين تزوّجها، لا يثبت النسب؛ لأن علوق هذا الولد كان سابقًا على النكاح قبل ثبوت الفراش، فلا يكون منه.

وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر، لا يثبت النسب أيضًا؛ لأنه حين طلَّقها، حكمنا أنه لا عدة عليها؛ لأنها مطلَّقةٌ قبل الدخول والخلوة، ولم نتيقن ببطلان هذا الحكم؛ لاحتمال أنها علقت من زوج آخر بعد الطلاق.

بخلاف ما إذا جاءت به لستَّة أشهر من وقت التزوُّج؛ لأنها لمّا جاءت به [لستَّة] أشهر من وقت التزوُّج، فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، فتيقنّا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق.

بعد ذلك، إما أن يكون منه، أو من غيره، فعجلنا العلوق منه احتياطًا لأمر النسب؛ إذ لو جعلنا هذا الولد من علوق قبل النكاح من زوج آخر،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٤)؛ مسلم (١٤٥٧).

(٢) في أ (بالفراش)، والمثبت من سائر النسخ.

وذلك غير معلوم، كان فيه إضاعة الولد، وإبطال النكاح الجائز، والطلاق الواقع من حيث الظاهر، وإحالة العلوق إلى [أبعد][(١)] الأوقات، وذلك لا يجوز، فجعلناه منه.

فإن قيل: إذا جاءت بالولد لستة أشهر من وقت التزوُّج، ينبغي أن لا يثبت النسب؛ لأنه [كُلَّمَا] تزوَّج يقع الطلاق، فهذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق، وبدون الوطء لا يثبت النسب، ألا ترىٰ أن امرأة الصبي لو جاءت بالولد، لا يثبت النسب.

قلنا: القياس كذلك، وهو قول محمد وزفر الأول، وفي الاستحسان وهو قول محمد الآخر: يثبت النسب؛ لأن النسب يُحتال فيه، وأمكن إثباته من هذا الزوج، بأن يجعل كأنه تزوَّجها وهو على بطنها يخالطها، والناس يسمعون كلامهما، فيكون العلوق حاصلاً بعد تمام النكاح، مقارنًا للطلاق؛ لأن الطلاق لا يقع إلَّا بعد تمام الشرط، وزوال الفراش حكم الطلاق، فيكون العلوق حاصلاً قبل زوال الفراش ضرورةً، فيثبت النسب منه، وهذا وإن كان نادرًا، إلَّا أن النسب يُحتاط فيه، فيجب بناؤُه على هذا النادر.

[٩٠/ب] ومن المشايخ من قال: لا حاجة إلى هذا التكليف، وقيام الفراش لصاحب الماء يكفي لإثبات النسب، ولا يعتبر إمكان الدخول، ألا ترىٰ أنه لو تزوَّج [امرأة] وبينهما مسيرةُ سنةٍ، فجاءت بولد لستة أشهر، يثبت النسب عندنا.

قال لامرأته: إن تزوّجت عليك، فهي طالق

(**رجل قال لامرأته: إن تزوّجت عليك، فالتي أتزوج عليك طالق، فطلقها بائنًا وتزوّج امرأةً في عدتها، لم تُطلَّق التي تزوّج**)؛ لأن شرط طلاقها: التزويج على الأولىٰ، وهو أن يُدْخِلَ عليها مَنْ يزاحمها في القسم والفراش، ولم يوجد.

(١) في أ (أقرب)، والمثبت من سائر النسخ.

بَابُ
إِيقَاعِ الطَّلَاقِ

قال لامرأته وقد دخل بها: أنت طالق

(**رجل قال لامرأته وقد دخل بها: أنت طالق، أي شيء نوىٰ، لا تكون إلَّا واحدةً يملك الرجعة**)، أمَّا إذا نوىٰ الإبانة؛ فلأنَّ في الشَّرع حكم الطلاق المطلق؛ لثبوت البينونة عند انقضاء العدة، فإذا نوىٰ ثبوت البينونة في الحال، فقد نوىٰ تغيير الشرع، فلا يصح.

فإن نوىٰ الثلاث أو الثنتين، عندنا: لا تصح نية العدد، وتقع واحدةٌ رجعيةٌ، وقال الشافعي: إذا نوىٰ الثلاث، تقع الثلاث[1]، وهو قول أبي حنيفة الأول، وكذا لو قال: أنت طالق، أو أنت مطلَّقةٌ، أو طلَّقتكِ، والمسألة معروفة.

لو قال: أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق

(**ولو قال: أنت الطلاق، أو أنت طالق الطلاق، أو طلقي نفسك، أو أنت بائن، أو أنت طالقٌ للسنة، ونوىٰ الثلاث، صحَّت نيته**)، وإن نوىٰ الثنتين، صحّت نيته إن كانت أمةً؛ لأنه نوىٰ جنس طلاق الأمة، وإن كانت حرّةً، لا تَصِحُّ نية الثنتين عندنا، وتَقَع واحدةٌ.

وإن كان طلَّقها واحدةً على قول زفر: لا تصح نية الثلاث فيه، وتصح نيّة الثنتين؛ لأن الثنتين بعض الثلاث.

---

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٤/٦٨٩.

وإنا نقول: بأنه نوىٰ العدد، واللفظ لا يحتمل العدد، وإنما تصح نية الثلاث في قوله: أنت طالق؛ لأنه اسم جنس، واسم الجنس يتناول الأدنىٰ مع احتمال الكل، أما الاثنان، عدد، واللفظ لا يحتمل العدد.

وفي قوله: أنت بائن، تصحُّ نية الثلاث؛ لأن البينونة على نوعين: خفيفةٌ، وغليظةٌ، فإذا نوىٰ التغليظ، صحّت نيته، ولا تصح نيّة الثنتين؛ لِمَا قلنا.

إذا قال: أنت طالق طلاقًا

وأما إذا قال: أنت طالق طلاقًا، ونوىٰ الثلاث، صحّت نيته، وروي عن أبي يوسف في «الأمالي»، عن أبي حنيفة إملاءً: أنها لا تُطلَّق إلَّا واحدةً؛ لأنه لو صَحَّت نية الثلاث فيه، تصح في قوله: أنت طالق أيضًا؛ لأن قوله: طالق، يقتضي طلاقًا.

وجه ظاهر الرواية: أن قوله: «طلاقًا»، مصدر، والمصدر يحتمل العموم والكثرة، قال الله تعالىٰ: ﴿لَّا تَدْعُواْ ٱلْيَوْمَ ثُبُورًا وَاحِدًا وَٱدْعُواْ ثُبُورًا كَثِيرًا﴾ [الفرقان: ١٤]، إلَّا أن نية العموم إنما تصح فيما كان مصرَّحًا به، لا فيما يثبت به بطريق الاقتضاء.

وإن نوىٰ الثنتين بهذا الكلام، لا يصح؛ لأنه نوىٰ العدد، إلَّا أن ينوي واحدة بقوله: أنت طالق، وأخرىٰ بقوله: طلاقًا، فحينئذٍ تقع ثنتان، وكذا في قوله: أنت طالق الطلاق، إذا نوىٰ الثنتين على هذا الوجه، تصح نيّته، والمسألة بطولها تُعرَف في المختلف.

قال لامرأته: أنت طالق واحدة أو لا

(رجل قال لامرأته: أنت طالق واحدةً أو لا، فليس بشيء)، وذكر في كتاب الطلاق: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدةً أو لا شيء، تقع واحدةٌ في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد، وفي قوله الآخر: لا يقع شيء، وهو قول أبي حنيفة، فكان المذكور هاهنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، فإن كان المذكور هاهنا قول الكل، كان عن محمد روايتان، ولو قال لها: أنت طالق أو لا، أو لا شيء، أو غير طالق، لا يقع شيء عند الكل.

لمحمد رحمه الله تعالىٰ: أنه أدخل كلمة الشك عقيب الواحدة، بقي الإيقاع بلا شك، فتقع واحدة.

ولهما: أن العدد إذا قرن بالإيقاع، كان الكل كلامًا واحدًا، فالشكُّ في الواحدة، شكٌّ في إيقاع الواحدة، فلا يقع شيء، كما لو قال: أنت طالق أو لا؛ ولهذا لو قال: أنت طالق واحدةً إن شاء الله، لا يقع شيء؛ لأن الاستثناء دخل في إيقاع الواحدة.

وكذا لو قال: أنت طالق واحدة، أو قال: أنت طالق ثلاثًا، فصادفها قوله: أنت طالق، وهي حيّةٌ، وصادفها العدد وهي ميتةٌ، لا يقع شيء؛ لأن العدد قرن بالإيقاع، فكان الكل كلامًا واحدًا، فلا يفصل البعض عن البعض، كذلك هاهنا.

قال لامرأته: أنت طالق واحدة قبلها واحدة

(ولو قال لامرأته -ولم يدخل بها- : أنت طالق واحدةً قبلها واحدةٌ، أو بعد واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدةٌ، تقع ثنتان، وإن قال: واحدة قبل واحدة، أو بعدها واحدةٌ، تقع واحدةٌ).

والأصل فيه: أن كلمة «قبل» إذا ذكرت بين شيئين، إن كانت مقرونة بحرف الهاء، كانت القبلية صفةً للثانية، وإن لم تكن مقرونةً بحرف الهاء، [٩١/أ] كانت القبلية نعتًا للمذكور أولاً، يقول الرجل: جاءني زيد قبله عمرو، كانت القبلية لعمرو، ولو قال: جاءني زيد قبل عمرو، كانت القبلية نعتًا لزيد.

وكلمة «بعد» مقتضاها ضد ما يقتضي كلمة «قبل»، وكلمة «مع» للقِرَان على كل حال.

إذا ثبت هذا نقول: إذا قال: أنت طالق واحدةً مع واحدة، أو معها واحدةٌ، تقع ثنتان؛ لأن كلمة «مع» للقِرَان، فيصير كأنه قال: أنت طالق ثنتين.

ولو قال: أنت طالق واحدةً قبلها واحدةٌ، تقع ثنتان؛ لأنه جعل القبلية صفةً للثانية، فكان الواقع في الحال واحدة، وهو مُقِرٌّ[١] بوقوع أخرىٰ قبلها؛ لأن الواقع في الزمان الماضي، واقعٌ في الحال، فلا يُصدَّق في الإسناد؛ لِمَا فيه من إبطال الطلاق الأول، فتقع ثنتان.

قال: أنت طالق واحدة قبل واحدة

ولو قال: أنت طالق واحدةً قبل واحدة، تقع واحدةٌ؛ لأنه جعل القبلية صفةً للمذكورة أولاً، فصار كأنه قال: أنت طالق واحدةً وواحدةً، ولو صرّح بذلك، لا تقع إلَّا واحدة؛ لأنها بانت بالأولىٰ لا إلى عدة فلا تصح الثانية.

قال: أنت طالق واحدة بعد واحدة

ولو قال: أنت طالق واحدةً بعد واحدة، تقع ثنتان؛ لأنه جعل البعدية صفةً للمذكور أولاً، ومن ضرورته سبق الثانية، وليس في وسعه تقديم الثانية على الأولىٰ، وفي وسعه الجمع، فَيَصِحُّ من قصده قدر ما كان في وسعه.

ولو قال: أنت طالق واحدةً بعدها واحدةٌ، تقع واحدة؛ لأنه جعل البعدية صفةً للثانية، فصار كأنه قال: أنت طالق واحدةً وواحدةً، فتقع واحدة.

قال: أنت طالق ثلاث أنصاف تطليقتين

(**ولو قال لامرأته: أنت طالق ثلاث أنصاف تَطْلِيْقَتَيْنِ، فهي ثلاث**)؛ لأن نصف [التَّطْلِيْقَتَيْنِ][٢] تطليقة، فثلاثة أَنْصَاف تَطْلِيْقَتَيْنِ، يكون ثلاثًا ضرورةً.

قال: أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين

ولو قال: أنت طالق ثلاثة أَرْبَاع تَطْلِيْقَتَيْنِ، تقع تَطْلِيْقَتَان؛ لأن رُبع تَطْلِيْقَتَيْنِ، نصف تطليقة، فثلاثة أرباع تَطْلِيْقَتَيْنِ: تطليقة ونصف، فتقع تَطْلِيْقَتَان.

قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة

ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة، اختلفوا فيه: قال بعضهم: تقع ثنتان؛ لأن ثلاثة أنصاف تطليقة: طلقة ونصف.

---

(١) في ج (مقرونة بوقوع)، وفي ب، د (مُقرًّا لوقوع).

(٢) وعلل ذلك الصدر الشهيد: «لأن نصف تَطْلِيْقَتَيْنِ: واحدة، وجمعه يكون ثلاثًا»، شرح الجامع الصغير ص٢٩٥.

قال: أنت طالق تطليقة ونصف

ولو قال: أنت طالق تطليقة ونصف، تقع ثنتان، كذلك هاهنا، وقال بعضهم: هي ثلاث؛ لأن كل نصف تطليقة: تطلقية، فثلاثة أنصاف تطليقة: ثلاث مرات نصف تطليقة: فيكون ثلاثًا.

قال: أنت طالق نصفي تطليقة

وذكر في «الأصل»: لو قال لها: أنت طالق نصفي تطليقة: تقع واحدة، وهذا يُؤيِّد القول الأول.

قال: أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة

ولو قال: أنت طالق نِصْفُ تطليقة، وثُلُثُ تطليقة، ورُبُعُ تطليقة: تقع ثلاثًا؛ لأنه أضاف كل جزء إلى تطليقة نكرة، والنكرة إذا أعيدت، كان الثاني غير الأول.

قال: نصف تطليقة وثلثها وربعها وسدسها

ولو قال: نصف تطليقة، وثُلُثُها، ورُبُعُها، وسُدُسُها: فهي واحدةٌ؛ لأنه أضاف كل جزء إلى تطليقة معرَّفة بالكناية، والمعرفة إذا أعيدت، كان الثاني عين الأول.

قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين

(ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين، فهي واحدة، وإن قال: من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي ثنتان، وقال أبو يوسف ومحمد: في الصورة الأولىٰ: تقع ثنتان، وفي الثانية: ثلاث)، وعند زفر: إنْ كان ما بين الغايتين شيء، يقع، وإن لم يكن بين الغايتين شيء، بأن قال: ما بين واحدة إلى أخرىٰ، أو ما بين واحدة إلى ثنتين، لا يقع شيء.

والقياس ما قاله زفر؛ لأن الغاية بمنزلة الحَدِّ، والحد لا يدخل في المحدود؛ ولهذا لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، لا يدخل الحائطان في البيع، وكذلك الغايتان في الطلاق.

ولأبي يوسف ومحمد: أن هذا في الممسوحات، أما في الطلاق، والإقرار، وغير ذلك، تدخل الغايتان؛ لأن الشيء إذا جعل غايةً، لا بُدَّ من وجوده، ووجود الطلاق إنما يكون بوقوعه؛ ولأن المراد من مثل هذا في العرف: التعميم، فإن الرجل يقول لغيره: اشتر لي هذا المتاع بما بين أربعمائة إلى خمسمائة، فيكون إذنًا بالشراء إلى خمسمائة.

ولأبي حنيفة: القياس ما قاله زفر، إلَّا أن العادة فيما بين الناس: أنهم يريدون بهذا الكلام الأكثر من الأقل، والأقل من الأكثر، يقول الرجل لغيره: سِنِّي من ستين إلى سبعين، أو ما بين الستين إلى السبعين، ويريد بذلك: أن سنّه أكثر من ستين، وأقل من سبعين، فإذا قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، يكون الواقع أكثر من الواحدة، وأقل من الثلاث، وذلك ثنتان، وهذا بخلاف ما لو قال لغيره: خُذْ من دراهمي من درهم إلى مئة، كان له أن يأخذ المائة [في الإباحات]؛ لأن في الإباحات[1] يجري من التوسعة ما لا يجري في غيرها؛ لإمكان التدارك بالرجوع، والوكالة [٩١/ب] إباحةٌ معنًى؛ لأنها غير لازمة.

قال: أنت طالق من واحدة إلى واحدة

فإن قيل: على قول زفر: إذا قال: أنت طالق من واحدة إلى واحدة، ينبغي أن لا يقع شيء؛ لأنه ليس بين الغايتين شيء، قلنا: قد قال بعض المشايخ والمتأخرين: أنه لا يقع شيء في قوله.

ومنهم من قال: تقع واحدة، وهو الصحيح؛ لأنه جعل الشيء الواحد حدًّا ومحدودًا، وذلك لا يتصوَّر، فيلغو آخر كلامه، ويبقىٰ قوله: أنت طالق.

---

(١) وبهامش ج من نسخة أخرىٰ (الإيجابات).

قال: أنت طالق واحدة في ثنتين

(ولو قال: أنت طالق واحدةً في ثنتين، ونوىٰ الضرب والحساب، أو لم يَنْوِ شيئًا، وقعت واحدةٌ رجعيةٌ، وإن نوىٰ واحدةً مع الثنتين، فهي ثلاث.

قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين

ولو قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين، ونوىٰ الضرب والحساب، أو لم يَنْوِ شيئًا، فهي ثنتان).

وقال الحسن وزفر: إذا نوىٰ الضرب والحساب في الفصل الأول، تقع ثنتان، وفي الفصل الثاني: تقع الثلاث؛ لأن على طريق الضرب والحساب: واحدة في ثنتين تكون ثنتين، وثنتان في ثنتين تكون أربعةً، إلَّا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث، فتقع الثلاث.

ولنا: أن الشيء بالضرب لا يتكثَّر [في نفسه]، وإنما يتكثَّر أجزاؤُه، فواحدةٌ في ثنتين: واحدةٌ لها جزءان، وثنتين في ثنتين لها أربعة أجزاء، ففي الفصل الأول: إذا نوىٰ الضرب والحساب، تقع تطليقةً لها جزءان، وفي الفصل الثاني: [تطليقتان] لهما أربعة أجزاء.

وإن نوىٰ بكلمة «في»: «مع»، صحّت النية؛ لأن «في» تستعمل بمعنىٰ «مع»، قال الله تعالىٰ: ﴿فَٱدْخُلِي فِى عِبَٰدِى ۝ وَٱدْخُلِي جَنَّتِى﴾ [الفجر: ٢٩ - ٣٠]، أي: مع عبادي، وتقع الثلاث، سواء كان دخل بها، أو لم يدخل، كما لو قال: أنت طالق واحدةً مع واحدة.

وإن نوىٰ بكلمة «في»: حرف «واو» صحّت نيّته؛ لأن كلمة «في» للظرف حقيقةً، والظرف يجمع المظروف، وحرف الواو يجمع بين المعطوف والمعطوف عليه، فيجوز استعمال أحدهما مكان الآخر، إلَّا أن هاهنا إن كان بعد الدخول: تقع الثلاث، وإن كان قبل الدخول: تقع واحدة، كما لو قال: أنت طالق واحدةً واثنتين.

وإن لم يَنْوِ شيئًا في الفصل الأول: تقع واحدة، وفي الثاني: ثنتان؛ لِمَا قلنا.

قال: أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم

(**رجل قال لامرأته: أنت طالق أمس، وقد تزوَّجها اليوم، لا يقع، وإن كان تزوَّجها أول من أمس، تقع واحدة**)[1]؛ لأن في المسألة الأولىٰ: أضاف الطلاق إلى زمان كانت أجنبيةً عنه في ذلك الزمان، فكان كلامه خبرًا، فلا يجعل إنشاءً، كما لو قال: أنت طالق قبل أن أتزوَّجك، أو قال: أنت طالق قبل أن تُخلَقي، أو قبل أن أُخلَق، كذلك هاهنا.

أما في الفصل الثاني: أقرَّ بالطلاق في زمان كانت في نكاحه، فتعذَّر جعله خبرًا، فيُجعَل إنشاءً، وإسناد الإنشاء إلى الزمان الماضي متعذِّرٌ، فيقتصر على الحال.

قال لامرأته: أنت طالق اليوم غدًا، أو غدًا اليوم

(**ولو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ اليوم غدًا، أو غدًا اليوم، قال: يُؤخَذ بأول الوقتين الذي تفوّه به**)، فإن بدأ باليوم، يقع الطلاق كما تكلَّم، وإن بدأ بالغد، يقع في الغد.

أما في قوله: اليوم غدًا، [لأنه] وصفها بالطلاق في الوقتين، [وبوقوع] الطلاق عليها في الحال، تصير موصوفةً بالطلاق في الوقتين، فيقع، أما في قوله: غدًا اليوم، وصفها بالطلاق غدًا، فالطلاق الذي يقع عليها في الغد، لا تصير بها موصوفةً بالطلاق اليوم، فيلغو ذكر اليوم.

فإن قيل: إذا تعذَّر جعلها موصوفةً في الحال بذلك الطلاق، وجب أن تقع عليها تطليقة أخرىٰ، قلنا: إنما يُصحِّح كلامه من الوجه الذي تكلَّم به، وهو إنما جعلها طالقًا اليوم بتطليقة تقع عليها غدًا، فلا يجعل إيقاعًا في الحال؛ إذ لو جعل إيقاعًا، لم يكن تصحيحًا لكلامه، فيبطل ذكر الوقت الثاني ضرورةً.

---

(١) في نسخ الجامع الصغير (وقع الساعة).

قال لامرأته: أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك

(وإذا قال لامرأته: **أنتِ طالق ما لم أُطلِّقك، أو متىٰ لم أطلِّقك، أو متىٰ ما لم أُطلِّقك، فهي طالق كلَّما سكت**)[١]؛ لأن كلمة «متى» و«متىٰ ما» للوقت، وكلمة «ما» تستعمل في الوقت أيضًا، قال الله تعالىٰ: ﴿**مَا دُمْتُ حَيًّا**﴾ [مريم: ٣١]، أي: وقت حياتي، فقد أضاف الطلاق إلى زمانٍ خالٍ عن التطليق، وكلَّما سكت وجد ذلك الزمان، فيقع.

قال: أنت طالق إن لم أطلقك

(ولو قال: **أنتِ طالق إن لم أُطلِّقك، لم تطلق حتى يموت**)؛ لأن كلمة «إن» للشرط، وإن علّق الطلاق بعدم التطليق، والعدم لا يتحقق قبل الموت، فإذا مات وقع الطلاق في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأنه وقع اليأس عن التطليق، والملك قائم، فيقع، كما لو قال: أنت طالق إن لم آتِ البصرة، أو إن لم أدخل الدار، فمات قبل ذلك، يقع الطلاق، وتَرِثُ منه؛ لأنه صار فارًّا، ولم يذكر هاهنا موت المرأة، وذكر في «الأصل»: أن موتها كموته.

قال: أنت طالق إذا لم أطلقك

(ولو قال: **أنتِ طالق إذا لم أُطلِّقك، أو إذا ما لم أُطلِّقك**)، إن نوىٰ وقوع الطلاق في الحال، يقع، وإن نوىٰ الوقوع في آخر العمر، يقع عند ذلك، وإن لم ينو شيئًا، (**قال أبو حنيفة: لا يقع الطلاق حتى يموت أحدهما، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع الطلاق في الحال**)[٢]، كما في قوله: «متىٰ»، و«متىٰ ما». [٩٢/أ]

لهما: أن كلمة «إذا» للوقت، قال الله تعالىٰ: ﴿**إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتۡ**﴾ [الانشقاق: ١]، ﴿**وَإِذَا رَأَيۡتَهُمۡ تُعۡجِبُكَ أَجۡسَامُهُمۡۖ**﴾ [المنافقون: ٤]، ولهذا لو قال: أنتِ طالق إذا شئتِ، لا يقتصر على المجلس، ولو كان للشرط؛ لاقتصر على المجلس، كما لو قال: أنتِ طالق إن شئتِ.

---

(١) وعبارة الجامع الصغير (تطلق حين سكت).

(٢) وعبارة الجامع الصغير (تطلق حين سكت).

ولأبي حنيفة: [أنَّ كلمة] «إذا» كما تستعمل للوقت، تستعمل للشرط، قال القائل:

واستَغْنِ ما أغناك ربُّك بالغنىٰ وإذا تُصِبْك خَصاصةٌ فتَجَمَّلْ

أي: تُصِبْك، حيث جزمٌ «تصبك»، وأسقط الياء، فإن أريد بها الوقت، يقع في الحال، وإن أريد بها الشرط، لا يقع ما لم يقع اليأس عنه، فوقع الشك في وقوع الطلاق في الحال، فلا يقع في الحال بالشكّ، وهكذا نقول في قوله: أنت طالق إذا شئت، يحتمل الشرط ويحتمل الوقت، والمشيئة بيدها، فلا تبطل بالشَّكِّ.

قال: إذا طلقتك فأنت طالق، وإذا لم أطلقك

وذكر في «المنتقىٰ»: لو قال لها: إذا طلَّقتك فأنت طالق، وإذا لم أُطلِّقك فأنت طالق، فمات قبل أن تطلق، يقع عليها طلاقان؛ لأنه لمَّا مات قبل التطليق، صار حانثًا في اليمين الثانية، فيقع عليها الطلاق باليمين الثانية، وهذا الطلاق يصلح شرطًا في اليمين الأولىٰ؛ لأنه وقع بكلام وجد بعد اليمين الأولىٰ، فيحنث في اليمينين جميعًا، فيقع عليها طلاقان.

قال: إذا لم أطلقك فأنت طالق، وإذا طلقتك

ولو قال: إذا لم أُطلِّقك فأنت طالق، وإذا طلقتك فأنت طالق، فمات قبل أن تطلق، تقع عليها تطليقةٌ واحدةٌ؛ لأنه لَمَّا مات قبل التطليق، صار حانثًا في اليمين الأولىٰ، فيقع الطلاق، وهذا [الطَّلاق] لا يصلح شرطًا في اليمين الثانية؛ لأنه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية، والشرط يراعىٰ في المستقبل، لا في الماضي، هكذا ذكر في «المنتقىٰ»، ولم يذكر فيه خلافًا.

وعلى قياس قولهما: ينبغي أن لا ينتظر الموت، بل كلَّما سكت، يحنث في قوله: إذا لم أُطلِّقكِ فأنت طالق.

قال: أنت طالق ثلاثًا ما لم أطلقك، أنت طالق

ولو قال: أنت طالق ثلاثًا ما لم أُطلِّقكِ، أنت طالق، تقع واحدة، ولا تقع الثلاث؛ لأن الثلاث مضافٌ إلى الزمان الخالي عن التطليق، ولم يوجد ذلك الزمان، إذا طلَّقها موصولاً، وعلى قول زفر: تقع الثلاث؛ لأنَّا وجدْنَا بعد إضافة الثلاث قبل التطليق زمانًا لم يوجد فيه التطليق: وهو الوقت الذي ابتدأ فيه الكلام قبل أنْ يتمّه.

ولكنا نقول: بأن هذا القدر مستثنىٰ عن اليمين عادةً؛ لأنه لا يمكن الامتناع عنه، وكل حالف يقصد بيمينه البَرَّ دون الحِنْثِ، فيجعل مستثنىٰ عن اليمين.

إذا قال لامرأته: أنت طالق حين لم أطلقك، يقع الطلاق في الحال؛ لأن كلمة «لم» تستعمل في الماضي، يقال: لم أفعل كذا، ويراد به الماضي، وقد مضىٰ حين لم يطلقها فيه، فيجعل إيقاعًا في الحال، وكذا لو قال: زمان لم أطلقك فيه، أو يوم لم أطلقك.

لو قال: حين لا أطلقك

ولو قال: حين لا أطلقك، لا يقع الطلاق حتى يمضي ستة أشهر؛ لأن كلمة «لا» تستعمل[1] في المستقبل، يقال: لا أفعل كذا، والحين يُذكَر ويُراد به الأبد، ويُذكَر ويُراد به الساعة، ويُذكَر ويُراد به ستة أشهر، والأبد والساعة غير مراد عرفًا، فتعين الوسط.

وكذا لو قال: زمان لا أطلقك؛ لأن الحين والزمان يستعملان استعمالاً واحداً.

ولو قال: يوم لا أطلقك، لا يقع حتى يمضي يوم.

لو قال: أنت طالق في غد، ولم ينو شيئًا

(ولو قال لامرأته: أنت طالق في غد، ولم يَنْوِ شيئًا، يقع الطلاق من حين يطلع الفجر من الغد، ولو قال: نويت آخر النهار، يُصدَّق قضاءً، وقال أبو يوسف ومحمد: يُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يُصدَّق في القضاء).

---

(١) في ب، د (تدخل).

لهما: أنه وصفها بالطلاق في الغد، والغد اسم للكُلِّ، ولا تصير موصوفةً بالطلاق في جميع الغد إلَّا بوقوع الطلاق في أوله؛ ولهذا إذا لم يَنْوِ شيئًا، يقع الطلاق في أول الغد، فإذا نوىٰ آخر الغد، فقد نوىٰ خلاف الظاهر، فلا يُصدَّق قضاءً، وصار كما لو قال: أنت طالق غدًا، ونوىٰ آخر النهار، فإنه لا يُصدَّق قضاءً.

ولأبي حنيفة: أن كلمة «في» للظرف، والظرف يقتضي وجود المظروف فيه، ولا يقتضي الاستيعاب، يقال: في [الجوالق] حنطة، وإن كانت الحنطة في أسفل الجوالق، فإذا نوىٰ آخر النهار، فقد نوىٰ حقيقة كلامه، فيُصدَّق قضاءً.

وإنما يقع الطلاق في أوله عند عدم النيّة؛ لأنه جزءٌ من الغد، وأنه يصلح أن يكون ظرفًا للطلاق المضاف، فيقع فيه، بخلاف قوله: أنت طالق غدًا؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد؛ لأن الفعل إذا اتصل بالوقت [بعد] كلمة الظرف، يُراد به الاستيعاب، ألا ترىٰ أنه لو قال: لله عَلَيَّ أن أصوم في هذه السنة، فصام يومًا، يخرج عن العهدة، ولو قال: لله عَلَيَّ أن أصوم هذه السنة، [٩٢/ب] يلزمه صوم جميع السنة.

قال: أنت طالق وأنت مريضة

(**ولو قال: أنت طالق وأنت مريضة، ونوىٰ به إذا مرضت، لا يُدَيَّن في القضاء**)، ويُديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه وصفها بالطلاق والمرض، ولهذا لو ذكر أحد الوصفين: المرض، أو الطلاق، كان وصفًا لها بذلك في الحال، وأمكن جعله صادقًا في أحدهما بوقوع الطلاق في الحال، فيقع، فإذا نوىٰ به التعليق، فقد نوىٰ خلاف الظاهر، فلا يُصَدَّق قضاءً، ويُصَدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن (الواو) قد تذكر للحال، يقال: دخلت على فلان وهو يصلي، أي: في حال صلاته، إلَّا أنه خلاف الظاهر؛ لأن الواو في الأصل للعطف، إلَّا أنه تستعمل في الحال، فيُديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ قالوا: إن أعرب المريضة بالنصب، يتعلق الطلاق بالمرض؛ لأن مع النصب يذكر للحال، فصار كأنه قال: أنت طالق في حال مرضك، أما إذا أعرب المريضة بالرفع، لا يقع في الحال؛ لأنه مع الرفع لا يذكر للحال.

قال: أنت طالق بائن، أو البتّة

(**ولو قال : أنت طالق بائن، أو البتّة، ولا نيّة له، فهي واحدةٌ بائنةٌ**)، دخل بها أو لم يدخل بها؛ لأنه وصف الطلاق بالإبانة والقطع، وقضية الطلاق أن يكون مُبَيِّنًا بنفسه؛ لأنه شرع لقطع النكاح، وإنما عرفنا ثبوت حق الرجعة في الطلاق المطلق نصًّا، بخلاف القياس، فلا تثبت الرجعة مع التصريح بالإبانة، وهذا عندنا.

وعند الشافعي: لا تثبت البينونة بعد الدخول، إلَّا بالخلع، أو الطلقات الثلاث، والمسألة معروفة[1].

قال: أنت طالق طويلة، أو عريضة

ولو قال: أنت طالقٌ طويلةٌ، أو عريضةٌ، أو شديدةٌ، فهي واحدةٌ بائنةٌ؛ لأن الشدَّة: عبارةٌ عن القوَّة، وكذلك الطول والعرض، يستعملان في القوة، يقال: ليس لهذا الأمر طولٌ وعرضٌ، أي: ليس له قوة، وقوة الطلاق في الإبانة، وإن نوىٰ ثلاثًا، فثلاث؛ لأن هذا إيقاع البائن، والبائن نوعان، فإذا نوىٰ الثلاث صحّت نيّته، وعند عدم النيّة تثبت أدناهما: وهي البينونة بالواحدة.

قال: أنت طالق أشد الطلاق، أو كألف

وكذا (**لو قال : أنت طالق أشد الطلاق، أو كألف، أو ملء البيت : فهي واحدةٌ بائنةٌ، وإن نوىٰ الثلاث، صَحَّت نِيَّته**).

أما في قوله: أشد الطلاق؛ فلِمَا قلنا في الشَّديدَةِ.

---

(١) انظر: المهذب ٣٠٦/٤.

وأما في قوله: كألف؛ فلأن التشبيه بالألف، قد تكون للكثرة، وقد تكون للقوة، يقال: [رُبَّ واحدٍ] يعدل الألف زائدًا، فعند الإطلاق [يحمل على] الأدنىٰ، وكذا في قوله: ملء البيت؛ فإنَّ الشيء قد يملأ البيت لغلظه، وقد يملأ لكثرته، فهذه الألفاظ تحتمل البينونة، وتحتمل الثلاث، فيحمل على الأدنىٰ: وهو البينونة، وإذا نوىٰ الثلاث صحّت نيّته؛ لِمَا قلنا.

وعن محمد: في قوله: كألف، تقع الثلاث؛ لأن الألف عددٌ، فالتشبيه بالألف تكون للكثرة.

ولو قال: أنت طالق عدد التراب، عند أبي يوسف: تقع واحدة؛ لأن التراب مما لا يُعَدّ، فيلغو ذكر العدد، وعند محمد: تقع الثلاث؛ لأنه يراد به التكثير، ويستعمل فيه.

ثم الأصل في جنس هذه المسائل: أنه إذا شبّه الطلاق بعِظَم أو صِغَر، بأي شيء شبَّهه، وذكر العِظَم والشدَّة أو لم يذكر، في قول أبي حنيفة ومحمد: تقع بائنًا[1].

وعند أبي يوسف: إن ذكر العِظَم والشدة، يكون بائنًا، وإلَّا فلا، شبهة بصغير أو كبير، حتى لو قال: أنت طالق مثل عِظَم رأس الإبرة، أو عِظَمه مثل السِّمْسِمَة، أو الخَرْدَلة، يكون بائنًا، ولو قال: مثل الجبل، ولم يذكر العِظَم، يكون رجعيًّا.

---

(١) ولم يورد المؤلف هنا عبارة الجامع الصغير كعادته: «وإن قال: أنت طالق تطليقة شديدة، أو عريضة، أو طويلة، فهي واحدة بائنة» ص١٩٨، وإن ضمَّن المؤلِّف ذلك في عباراته.

وفي قول زفر: ينظر إلى المشبّه به، إن كان يُوصَف بالعظم كالجبل، أو بالشدة كالحديد، يكون بائنًا، وإلَّا يكون رجعيًّا.

قال: أنت طالق مثل الأساطين، أو الجبال

حتى لو قال: أنت طالق مثل الأساطين، أو الجبال، أو التراب، على قول أبي حنيفة ومحمد وزفر: يكون بائنًا.

أما عند أبي حنيفة: فلمكان أصل التشبيه، وأما عند زفر: فلأن هذه الأشياء تُوصَف بالعِظَم والشدة، وعند أبي يوسف: تقع واحدة رجعية؛ لأنه لم يذكر لفظة العظم والشدّة.

ولأبي حنيفة ومحمد: ما قلنا: إن حق الرجعة عُرِف في الطلاق المطلق بخلاف القياس نصًّا، وعند التسمية لم يَبْقَ طلاقًا مطلقًا، فلا تثبت الرجعة في الفصول كلها عند أبي حنيفة ومحمد، ومن المشايخ من ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف.

قال: أنت طالق من هاهنا إلى الشام

(**ولو قال: أنت طالق من هاهنا إلى الشام، فهي واحدةٌ رجعيةٌ**)، وقال زفر: بائنةٌ؛ لأنه وصفها بالطول.

ولنا: أنه وصفها بالقصر معنًى؛ لأن الطلاق إذا وقع في مكان، يكون واقعًا في [الأماكن كلها]، فالتقييد ببعض الأماكن يُعَدُّ نقصانًا وضعفًا.

[٩٣/أ]

قال: أنت طالق في الشمس، وهي في الظل

ولو قال: أنت طالق في الشمس، وهي في الظل، أو قال: أنت طالق في ثوب الخَزِّ، وعليها ثوب البَزِّ، يقع الطلاق، ولو قال: أنت طالق في مكة، وهي في غير مكة، يقع الطلاق في الحال؛ لأنه وصفها بالطلاق في مكان، وفي ثوب، والطلاق لا يختص بمكان دون مكان، إذا وقع في مكان، وقع في سائر الأماكن، فيلغو ذكر المكان والثوب، فإن قال: عَنَيْتُ به: إذا أَتَيْت مكة، لا يُصدَّق قضاءً، ويُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه ذكر محل الفعل، وأراد به الفعل، فيصح مجازًا.

قال: أنت طالق في ذهابك إلى مكة

ولو قال: أنت طالق في ذهابك إلى مكة، أو في لبسك ثوب كذا، يتعلق الطلاق بذلك؛ لأن كلمة «في» إذا قرن بالفعل، يراد به: السَّبب، أو الشرط، فيتعلق الطلاق به، كما إذا قال: أنتِ طالق في دخولكِ [الدار]، يتعلق الطلاق بالدخول.

وكذا لو قال: أنت طالق مع ذهابك، أو مع دخولك الدار، لا يقع الطلاق [ما لم يدخل].

قال: أنت طالق إلى شهر

ولو قال: أنت طالق إلى شهر، عندنا: يقع الطلاق بعد شهر، وعند زفر: يقع للحال؛ لأن كلمة «إلى» للغاية، والغاية تقتضي وجود المضروب له الغاية، والطلاق مما لا يتوقَّت، فيلغو ذكر الغاية، ويقع للحال، كما لو قال: أنت طالق إلى مكة، أو إلى الصين.

ولنا: أن حمله على الغاية يتعذَّر لما قال، فيُجعَل مجازًا عن كلمة «بعد»، يقال: أنا خارج من هذه البلدة إلى عشرة أيام، ويُراد: «بعد»، فإن نوىٰ الوقوع في الحال، أو بعد شهر، فهو على ما نوىٰ.

قال: أنت طالق إلى حين

ولو قال: أنت طالق إلى حين، أو زمان، فإن نوىٰ وقتًا دون وقت، فهو على ما نوىٰ، وإن لم يَنْوِ شيئًا، فهو على ستة أشهر؛ لِمَا قلنا.

قال: أنت طالق إلى قريب

ولو قال: أنت طالق إلى قريب، ولم يَنْوِ شيئًا، فهو إلى شهر إلَّا يومًا؛ لأن القريب ضد البعيد، كالعاجل ضد الآجل، والشهر وما فوقه آجلٌ، وما دونه عاجلٌ، أصله: مسألة اليمين.

قال: أنت طالق إلى الليل

ولو قال: أنت طالق إلى الليل، إنْ نوىٰ الوقوع للحال، أو الوقوع بعد الليل، فهو على ما نوىٰ، وإن لم يَنْوِ شيئًا، عندنا: يقع بعد الليل، وعند زفر: يقع للحال، وهو على الخلاف الذي ذكرنا.

قال: أنت طالق إلى الصيف

وكذا لو قال: أنت طالق إلى الصيف، أو إلى الشتاء، أو إلى الربيع، أو إلى الخريف، وتكلَّموا في معرفة هذه الأوقات: قال بعضهم: الشتاء: ما يحتاج فيه إلى الحَشْو والوَقود، والصيف: ما لا يحتاج فيه إلى أحدهما، والخريف: ما يحتاج فيه إلى الحَشْو، ولا يحتاج فيه إلى الوَقود، وهكذا الربيع، إلَّا أنَّ الربيع يكون في آخر الشتاء، والخريف يكون في أوله.

وقال بعضهم: الشتاء: ما لا يكون على الأشجار ورق ولا ثمر، والصيف: ما يكون فيه على الأشجار [الثمار والأوراق]، والخريف: ما لا تبقىٰ فيه الثمار على الأشجار، وتبقىٰ الأوراق، والربيع: ما تخرج الأوراق ولا تخرج الثمار.

قال: أنت طالق أقبح الطلاق

ولو قال: أنت طالق أقبح الطلاق، فإن نوىٰ الثلاث، فثلاث، وإن نوىٰ واحدةً أو لم يَنْوِ شيئًا، فهي واحدةٌ رجعيةٌ في قول أبي يوسف، وفي قول محمد: بائنةٌ.

لأبي يوسف: أن الطلاق لا يُوصَف به، فيلغو هذا الوصف، بقي قوله: أنت طالق.

ولمحمد: [أنَّه] في معنىٰ قوله: أغلظ الطلاق، فيكون بائنًا.

قال: أنت طالق مع موتي، أو مع موتك

(ولو قال: أنت طالق مع موتي، أو مع موتك، فليس بشيء)؛ [لما ذكرنا أنَّ] كلمة «مع» إذا قرنت بالفعل، يُراد به الشرط، وبعد الموت لا يبقىٰ النكاح، حتى يرتفع بالطلاق؛ ولأن الطلاق المقارن للموت يبطل النكاح بعد الموت، ولا نكاح بعد الموت.

قال لامرأته وهي أمة: أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك

(ولو قال لامرأته وهي أمةٌ: أنت طالق ثنتين مع عتق مولاكِ إياك، فأعتقها مولاها، كان له أن يُراجِعها).

(ولو قال لها مولاها : إذا جاء غد فأنت حرّة، وقال لها الزوج : إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، فجاء الغد، لم تحل للزَّوج حتى تنكح زَوْجًا غيره، وعدتها ثلاث حِيَض، وقال محمد : للزوج أن يُراجِعها) كما في الفصل الأول.

وجه قوله: أنه جعل الطلاق مقارنًا للإعتاق، وإنما يثبت حكم الطلاق مقارنًا للحرية، فلا تحرم حرمةً غليظةً، كما في الفصل الأول؛ ولهذا كان عليها الاعتداد بثلاث حيض.

ولهما: أن الطلاق والعتاق تعلَّقا بشرط واحد: وهو مجيء الغد، فيقعان معًا، وكما أن العتق صادفها وهي أمةٌ، فكذلك الطلاق صادفها وهي أمةٌ، والأمة تبين بتطليقتين، أما في الفصل الأول: جعل الطلاق مقارنًا للعتق دون الإعتاق، وإذا كان التطليق مقارنًا للعتق، كان حكم الطلاق متأخِّرًا عن الحريّة ضرورة، فلا تحرم حرمةً غليظةً؛ لأن كلمة «مع» في الأفعال، تذكر بمعنىٰ «بعد»، قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦]، وأراد به: «بعد»، وقال تعالىٰ: ﴿وَأَسْلَمْتُ مَعَ سُلَيْمَٰنَ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [النمل: ٤٤]، وأراد به: «بعد»؛ ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق مع دخولك الدار، يتعلق الطلاق بالدخول، ويقع بعده، فلما كان مستعملاً في القِران والتأخير جميعًا، لا تبطل [٩٣/ب] الرجعة، ولا تثبت الحرمة بالشك.

وإنما يجب عليها الاعتداد بثلاث حِيَضٍ؛ لأن العدة إنما تجب على المطلَّقة، وبعد وقوع الطلاق هي حرّة، فكان عليها عدة الحرائر.

قال لامرأته: أنت طالق هكذا، يشير بالإبهام، والسبابة، والوُسْطى

(ولو قال لامرأته : أنت طالق هكذا، يشير بالإبهام، والسبابة، والوُسْطىٰ، فهي ثلاث)؛ لأن الكلام مع الإشارة، أُقيم مقام التلفُّظ بالعدد، وقال عليه

الصَّلاة والسَّلام: «**الشهر هكذا وهكذا**»[(١)]، وأشار بأصابعه، وخنس إبهامه في المرة الثالثة، وأراد به: تِسْعًا وعشرين يومًا، فإن قال: عَنَيْتُ به الثنتين، وإنما أشرتُ بالأصبعين المعقودتين دون المنشورة، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ [لأنَّه نوىٰ ما يحتمل كلامه][(٢)]، [إلَّا أنَّه خلاف العادة] فلا يُديَّن في القضاء، فإن قال: عَنَيْتُ به تطليقةً واحدةً، وعَنَيْتُ الإشارة بالكف دون الأصابع، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لمكان الاحتمال، ولا يُديَّن في القضاء.

قالوا: هذا إذا جعل باطن الكف إليها، أما إذا جعل ظهر الكف إليها، وبطون الأصابع إلى نفسه، لا يقع إلَّا واحدة؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن العادة فيما بين الناس الإشارة ببطون الأصابع إلى المخاطب، لا إلى نفسه.

قال لامرأته: أنتِ طالق واحدة، فماتت بعد قوله: أنتِ طالق

(**رجل قال لامرأته -[ولم يدخل بها]- : أنتِ طالق واحدة، فماتت بعد قوله : أنتِ طالق، قبل قوله : واحدة، أو قال : أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، فماتت بعد قوله : ثلاثًا، قبل الاستثناء، لا يقع شيء**) حتى يتنصف المهر.

أما الفصل الأول: فلأن العامل هي الواحدة المذكورة، وقد صادفها وهي ميتةٌ، فلا يقع شيء، فإن قيل: وجب أن يبطل ذكر الواحدة، ويقع الطلاق بقوله: أنت طالق، قلنا: قوله: أنت طالق، إيقاعٌ، فيقتضي طلاقًا موقعًا، فإذا لم يذكر العدد، تثبت الواحدة بطريق الاقتضاء، فإذا ذكر العدد، سقط الاقتضاء؛ لوقوع الاستغناء عنه، بقي العامل: وهي الواحدة المذكورة، وقد صادفها وهي ميتةٌ، فلا يقع، بخلاف ما لو قال: أنت طالق، وهو يُريدُ أن يقول: واحدة، فأمسك إنسان على فمه حتى لم يتكلم بالواحدة، فإنه يقع واحدة؛ لأن هناك ما اتصل ذكر العدد بالإيقاع، وهاهنا اتصل.

---

(١) أخرجه البخاري (١٨١٤)؛ ومسلم (١٠٨٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في أ (لمكان الاحتمال)، والمثبت من ب، د.

وأما في فصل الاستثناء: فإن موتها لا يمنع فصل الاستثناء بكلامه، فيبطل كلامه، بخلاف ما لو مات الزوج قبل ذكر الاستثناء، أو أمسك إنسان على فمه، فإنه يقع الطلاق؛ لأن هناك لم يتصل الاستثناء بكلامه، فبقي كلامه إيقاعًا.

رجل اشترى امرأته ثم طلقها

(**رجل اشترىٰ امرأته، ثم طلَّقها، لم يقع طلاقه**)؛ لأن الطلاق لا يقع إلَّا في النكاح، أو في العدة عن النكاح، وبعدما اشتراها، لم يَبْقَ بينهما نكاح ولا عدة، أما النكاح؛ فلأنه بطل بملك اليمين، وأما العدة، فإنها تَحِلُّ له بملك اليمين، وهذا ينفي وجوب العدة؛ لأن هذه فرقة وقعت بطريق التنافي، فتبطل محلية الطلاق، كالفرقة الثابتة بالمصاهرة، فلا يلحقه الطلاق.

وكذا الحرّة إذا ملكت زوجها، أو شيئًا منه، بطل النكاح، ولا يقع طلاقه عليها.

فإن أعتقت الحرة زوجها، أو أعتق الرجل امرأته قبل انقضاء مدة العدة، ثم طلّق الزوج، ذكر في اختلاف زفر ويعقوب، وقال: على قول زفر: لا يقع، وعلى قول أبي يوسف: يقع.

لزفر: ما قلنا، ولأبي يوسف: أنها كانت محلاً للطلاق بسبب العدة، إلَّا أنه لا يلحقها الطلاق لمانع: وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع والمحل قائمٌ، يقع الطلاق، وروي عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا وقال: لا يقع، هذا إذا نجَّز الطلاق بعد الملك.

قال الحر لامرأته الأمة: أنت طالق للسنة، فملكها

ولو قال الحرُّ لامرأته الأمة: أنت طالق للسنة، فملكها، ثم جاء وقت السنة، لا يقع عليها الطلاق، وكذا لو آلىٰ منها قبل الشراء، ثم ملكها، ثم انقضت مدة الإيلاء، أو علّق طلاقها بشرط، فوجد الشرط بعد الشراء، لا يقع.

وإن أعتقها بعد ما اشتراها، ثم جاء وقت السنة، أو وجد الشرط، إذا انقضت مدة الإيلاء، يقع.

قال العبد لامرأته الحرّة: أنت طالق للسنة، فملكت زوجها

ولو قال العبد لامرأته الحرّة: أنت طالق للسنة، فملكت زوجها، ثم جاء وقت السنّة، وقع عليها الطلاق؛ لأنها لا تَحِلُّ لعبدها، فتظهر العدة، بخلاف الرجل إذا ملك امرأته؛ لأنها تحِلُّ له بملك اليمين، فلا تظهر العدة، هكذا ذكر القدوري رحمه الله تعالىٰ.

قال لامرأته: أنا منك طالق ونوى به الطلاق

(**رجل قال لامرأته : أنا منك طالق، ونوىٰ به الطلاق، فليس بشيء، وإن قال : أنا منك بائن، أو عليك حرام، ونوىٰ به الطلاق، يقع الطلاق**)، وقال [٩٤/أ] الشافعي: يقع الطلاق في الفصول كلها[1]، والمسألة معروفة.

قال لامرأته: يوم أتزوجك فأنت طالق

(**رجل قال لامرأته : يوم أتزوجك فأنت طالق، فتزوجها ليلاً أو نهارًا، طُلِّقت**)، والمسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

❊❊❊

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٤/٦٦١.

بَابُ
الرَّجُلِ يَحْلِفُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ

قال لامرأته: إذا ولدت غلامًا فأنت طالق

(رجل قال لامرأته: إذا ولدت غلامًا فأنت طالق واحدةً، وإذا ولدت جاريةً، فأنت طالق ثنتين، فولدت غلامًا وجاريةً)، إن عُلم أنها ولدت الغلام أولاً، تقع واحدةٌ، وتنقضي عدتها بالولد الثاني، وإن عُلم أنها ولدت الجارية أولاً، تقع ثنتان.

(وإن لم يعلم أيهما كان أولاً، في القضاء: تقع واحدة، وفي التَنَزُّه يقع ثنتان)[1]؛ لأنها إن ولدت الغلام أولاً، تقع واحدة، وتصير معتَدَّةً، فإذا ولدت الجارية، تنقضي عدَّتها، فلا يقع عليها بولادة الجارية طلاق آخر؛ لأن الطلاق لا يقع بعد انقضاء العدة، وإن ولدت الجارية أولاً، تقع ثنتان، وتنقضي عدتها بولادة الغلام، فَتَيَقَّنَّا بوقوع الواحدة، وشككنا فيما زاد على الواحدة، فلا يقضىٰ بوقوع الزيادة بالشَّكِّ، ويُؤخَذ بالتطليقتين احتياطًا.

قال لامرأته: إذا كلمت أبا عمرو وأبا يوسف، فأنت طالق ثلاثًا

(رجل قال لامرأته: إذا كلمت أبا عمرو وأبا يوسف، فأنت طالق ثلاثًا، ثم طلَّقها واحدةً، وانقضت عدتها، فكلمت أبا عمرو، ثم تزوَّجها، فكلمت أبا يوسف، فهي طالق ثلاثًا مع الواحدة الأولىٰ)، وقال زفر: لا يقع المعلَّقُ.

---

(١) هنا زيادة في الجامع الصغير: «وانقضت العدة بوضع الحمل» ص٢٠١، كما يأتي.

وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إن وُجِد الشرطان في الملك، يقع المعلَّق، وهو ظاهر، وإن وُجِدا في غير الملك، لا يقع، وهو ظاهر أيضًا؛ لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك، وإن وجد الأول في غير الملك، والآخر في الملك، عندنا: يقع، وعند زفر: لا يقع.

وجه قوله: أجمعنا على أن الملك معتبرٌ عند وجود الشرط الثاني، فوجب اعتباره عند الشرط الأول؛ لاستوائهما في الشرطية.

ولنا : أن صحّة الكلام تعتمد أهلية المتكلم، وإنما يشترط الملك حال انعقاد اليمين؛ ليصير الجزاء غالب الوقوع عند وجود الشرط بحكم استصحاب الحال، وبعدما انعقد اليمين، فحال وجود الشرط الثاني، حال نزول الجزاء، فلا بدّ من الملك، أما حال وجود الشرط الأول، ليس حال نزول الجزاء، ولا حال انعقاد اليمين، فلا يعتبر الملك.

قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا

(**رجل قال لامرأته : إذا دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا، ثم طلَّقها ثنتين، وتزوَّجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الزوج الأول، فدخلت الدار، طلقت ثلاثًا، لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، وقال محمد وزفر : هي طالق بما بقي من الطلاق**)، والمسألة معروفة:

أن الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول محمد وزفر: لا يهدم.

(**ولو قال لامرأته : إذا دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا، ثم طلقها ثلاثًا، فتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إليه، فدخلت الدار، لا يقع شيء عندنا**)، وقال زفر: يقع المعلَّق، وهي مسألة التنجيز.

قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثًا، فجامعها

(**رجل قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثًا، فجامعها، فلما التقىٰ الختانان، مكث ساعة، فإنه لا يجب عليه المهر**)، يريد به: العُقر؛ لأنه ما وجد منه بعد الطلاق [جماع]، (**وإن أخرجه ثم أدخله يجب العقر، وكذا لو قال لأمته: إذا جامعتك فأنت حرة**)؛ لأن العُقْر إنما يجب بالجماع، والجماع: إدخال الفرج في الفرج، ولم يوجد ذلك بعد الحريّة والطلاق، بخلاف ما إذا أخرج ثم أدخل؛ لأنه وُجِدَ الجماع بعد الحرية والطلاق، إلَّا أنه لا يجب الحد؛ لأن المقصود واحد، فتمكَّنت الشبهة.

وعن أبي يوسف: أنه يجب العُقر في الفصلين؛ لوجود الاستمتاع في غير الملك، وعلى هذا، لو كان الطلاق رجعيًّا، يصير مُراجِعًا باللبث عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يصير مُراجِعًا، ولو أخرج ثم أدخل، يصير مُراجِعًا عند الكل.

لأبي يوسف: أنَّ المَسَّ عن شهوة يكفي لثبوت الرجعة، ولمحمد: أن الكل فعل واحد، بخلاف ما لو أخرج ثم أدخل؛ لأنه يعرض مبتدأً.

قال لامرأته: إذا حضت فأنت طالق

(**رجل قال لامرأته: إذا حِضْتِ فأنت طالق، فلمَّا رأت[1] الدم، يقع الطلاق**). أراد به: إذا رأت الدم بعد طهر كامل، واستمرَّ ذلك ثلاثة أيام؛ لأن شرط الطلاق: فعل الحيض، وإذا استمرَّ الدم، ظهر أنه كان حيضًا من أول ما رأت، فيقع الطلاق من ذلك الوقت.

(**ولو قال: إذا حِضْتِ حيضةً فأنت طالق، لا يقع الطلاق ما لم تَحِضْ وتطهر**)؛ لأنه علَّق الطلاق بالحيضة، وهي اسمٌ للكامل، والكامل: اسم للحيض الذي اتصل بالطهر، قال في سبايا أوطاس: (**ولا الحبالىٰ حتى يستبرئن بحيضة**)، وأراد به: الحيضة الكاملة، وكمال الحيض: بانتهائها، وذلك بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرةً، وبالانقطاع والغُسْل أو ما يقوم مقام الغسل إذا كانت [أيامها] دون العشرة. [٩٤/ب]

---

(١) وفي الجامع الصغير: «طلقت حين ترىٰ الدم»، ص٣٠٣ (مع شرح الشهيد).

قال لامرأته: إذا صمت يومًا فأنت طالق

(وإذا قال لها: إذا صُمْتِ يومًا فأنت طالق، وقع الطلاق حين تغرب الشمس من اليوم الذي صامت فيه.

ولو قال: إذا صُمْتِ فأنت طالق، فأصبحت صائمةً، طلقت)؛ لأن الشرط فعل الصوم، وقد وُجِدَ، وإن قَلَّ.

إن قال لها: إذا حضت فأنت طالق وهذه معك

(وإن قال لها: إذا حِضْتِ فأنت طالق وهذه معك، فقالت: حِضْتِ)، وكَذَّبَها الزوج، وقع الطلاق عليها خاصة، والقياس: أن لا يقع عليها أيضًا؛ لأنها تَدَّعِي شرط الحنث، وهو ينكر، إلَّا أنا استحسنّا وقلنا بوقوع الطلاق عليها؛ لأنها أمينةٌ في حق نفسها في الإخبار عمّا في رَحِمِها ضرورة، أن الشرع علّق بحيضها وطهرها أحكامًا ترجع إليها، ولا وقوف لغيرها على ما في رحمها، فجعلت أمينة ما في حق نفسها ضرورةً، ولا ضرورةَ في حق غيرها، ولا في غير ذلك من الشروط.

(ولو قال لها: إن كنت تُحِبِّين أنْ يُعذِّبكِ الله بنار جهنم، فأنت طالق ثلاثًا، وعبدي حر، فقالت: أُحِبُّ)، وكذَّبها الزوج، تطلق ثلاثًا، ولا يعتق عبده.

إن قال لها: إن كنت تحبينني فأنت طالق، وهذه معك

(وكذا لو قال: إن كنت تُحِبِّينني فأنت طالق، وهذه معك، فقالت: أُحِبُّك، وكذَّبها الزوج، وقع الطلاق عليها دون ضَرَّتها)؛ لأن المحبة أمرٌ باطنٌ لا يمكن الوقوف عليها، فتعلَّق الحكم بالإخبار عنها، لا بحقيقة المحبة، كما لو قال: إن كان في علم الله تعالىٰ أن فلانًا يقدم إلى شهر، فأنت طالق، فقدم فلانٌ قبل تمام الشهر، يقع الطلاق مقصورًا على القدوم؛ لأن علم الله تعالىٰ بقدوم فلان باطنٌ، وله دليلٌ ظاهرٌ: وهو القدوم، فتعلق الحكم بالقدوم، كذلك هاهنا.

فإن قيل: لمّا تعلَّق الحكم بالإخبار عن المحبة، وقد وجد الإخبار، فينبغي أن تطلق الضرّة، ويعتق العبد، قلنا: القياس على هذا، والاستحسان كذلك، وإنما لا يعتق العبد، ولا تطلق الضرّة استحسانًا؛ لأن الحالف علّق الحكم بحقيقة المحبة، لا بالإخبار، وإنما أقمنا الإخبار مقام المحبة، ونقلنا الحكم عن الحقيقة إلى الخبر باعتبار الصدق، فجعلناها صادقةً في حق نفسها، متَّهمةً في حق غيرها.

فإن قيل: لما كان قبول قولها في حقها باعتبار الصدق، فإذا أخبرت بمحبة العذاب، ونحن نتيقن بكذبها في ذلك، وجب أن لا يقبل قولها أصلاً، قلنا: لم نتيقن كذبها في ذلك، فإن الجاهل قد يختار العذاب على ما يُنغِّصه، فلعلها لشدَّة بغضها زوجها، وجهلها مقدار ألم العذاب، تختار ذلك، فلم تكن كاذبةً قطعًا.

إن قال لها: إن كنت تحبينني بقلبك فأنت طالق

(ولو قال لها: إن كنت تُحِبِّينني بقلبك فأنت طالق، فقالت أُحِبُّك، وكذَّبها الزوج، طلقت، وقال محمد: إن كانت كاذبةً فيما بينها وبين الله تعالىٰ لا تطلق).

له: أن المحبة عمل القلب، إلَّا أن اللسان جعل خلفًا عن القلب تيسيرًا، وعند التقييد لا تثبت الخلفية.

ولهما: أن المحبة لمّا لم تكن إلَّا بالقلب، كان إطلاق المحبة بالقلب والتقييد سواء، وقد ذكرنا الحكم في الإطلاق، فكذلك في التقييد. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
الْكِنَايَاتِ[١]

رجل قال لامرأته: اختاري!

(رجل قال لامرأته: **اختاري**[٢]، **فقالت: أنا أختار نفسي**[٣]، **طلقت**)، هذا إذا نوىٰ الزوج بقوله: اختاري، اختيارها نفسها، والقياس: أن لا يقع؛ لأن قولها: أنا أختار، يحتمل الوعد، فلا يقع به الطلاق، كما لو قال لها: طلِّقي نفسك، فقالت: أنا أُطلِّق نفسي، وإنما استحسنا وقوع الطلاق؛ لأن هذا الكلام وإن كان يحتمل الوعد، فقد جعل إيجابًا، كما في قول الشاهد: أنا أشهد بكذا.

والدليل عليه: أنه لما نزلت آية التخيير[٤]، خيَّر رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم نساءه، وقال لعائشة رضي الله عنها: «**إني أعرض عليك أمرًا، فلا تجيبيني فيه شيئًا حتى تستأمري فيه أبويك**»[٥]، ثم تلا عليها الآية، وخيّرها، فقالت: أفي هذا استشير أبويَّ؟ أنا أختار الله ورسوله، وكان ذلك تحقيقًا منها وجوابًا، ولا عرف في الطلاق، فبقي محتملاً للوعد.

---

(١) في الجامع (الاختيار).

(٢) في الجامع زيادة: (ونوىٰ الطلاق).

(٣) في الجامع زيادة: (فهي طالق).

(٤) قوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ۝٢٨ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلْـَٔاخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَـٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٢٨-٢٩].

(٥) أخرجه أحمد في المسند ٦/٢٦٣؛ ومسلم (١٤٧٨).

قال لها: اختاري، اختاري، اختاري

(ولو قال لها : اختاري، اختاري، اختاري، فقالت : اخترتُ، فهي ثلاث، وكذا لو قالت : اخترتُ اختيارةً، أو قالت : اخترتُ مرَّةً، أو بمرّة، وكذا لو قالت : اخترت الأولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة، تقع الثلاث عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا قالت : الأولىٰ، أو الوسطى، أو الأخيرة، لا تقع الثلاث، وإنما تقع ما اختارت)[1]، حتى لو ذكر الزوج بمقابلة الأولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة مالاً، فاختارت ذلك، يلزمها البدل، أما إذا قالت: اخترتُ، تقع الثلاث، ولا يحتاج إلى نيّة الزوج، ولا إلى ذكر نفسها؛ لأن اختيار الطلاق يتكرر، واختيار [٩٥/أ] الزوج لا يتكرر، فتكرار الاختيار ثلاثًا، دليلٌ على إرادته الطلاق، فلا حاجة إلى ذكر النفس، وقولها: اخترتُ، يصلح جوابًا للكل، فتقع الثلاث.

لو قالت: اخترت اختيارة

وكذا لو قالت: اخترتُ اختيارةً؛ لأن الاختيارة تذكر للدفعة، والمرّة، كأنها قالت: اخترت الكل دفعةً واحدةً، وكذا لو قالت: مرَّةً، أو بمرَّةٍ.

أما إذا قالت: اخترتُ الأولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة.

لهما: أن الطلاق إنما يقع عند اختيارها: وهي ما اختارت إلَّا واحدة، كما لو قالت: اخترتُ تطليقةً.

ولأبي حنيفة: أن الأولىٰ، أو الوسطىٰ، وقع لغوًا؛ لأنها للترتيب، والطلقات الثلاث قد اجتمعت في ملكها، والمجتمع في الملك كالمجتمع في

---

(١) في الجامع (وواحدة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ)، ص٣٠٦.

مكان، أو زمان، والقوم إذا اجتمعوا في مكان، لا يقال: هذا أول، وهذا آخر، وإنما يقال: جاء هذا أولاً، وهذا آخرًا، وإذا لغا ذلك، بقي قولها: اخترت، فيجعل جوابًا للكل؛ ولأن الأولىٰ أو الوسطىٰ كما تصلح نعتًا للتطليقة، تصلح نعتًا للاختيارة الحاصلة منها، ولو اقتصرت على قولها: اخترتُ، كان جوابًا للكل، فلا يتغيَّر ذلك بكلام محتمل، بخلاف ما لو اختارت التطليقة؛ لأن التطليقة لا تتناول الثلاث.

لو قالت: اخترت نفسي بتطليقة

(ولو قالت : اخترتُ نفسي بتطليقة، أو طلَّقتُ نفسي بواحدة : هي واحدةٌ بائنةٌ)، أما وقوع الواحدة؛ لِمَا قلنا، وإنما تكون بائنًا؛ لأن العامل: تخيير الزوج، والواقع بالتخيير يكون بائنًا؛ لأنه تمليك النفس منها، والرجعي لا يثبت ملك النفس، وفي بعض النسخ: تقع واحدة رجعية، والصحيح ما ذكرنا، نصّ عليه في «الزيادات».

لو قال: أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة

(ولو قال : أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري تطليقة، فاختارت نفسها، فهي واحدة رجعية)؛ لأن آخر كلامه تفسيرٌ لأوله، كأنه قال: ملكتك إيقاع التطليقة، فلا تقع إلَّا واحدة رجعية.

فإن قيل: إذا صار تقدير كلامه ذلك، ينبغي أن لا يقع شيء، كما لو قال لها: طلِّقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي، قلنا: آخر كلامه لمَّا كان تفسيرًا للأول، كان العامل هو المُفسِّر، والمُفسَّر: هو الأمر باليد والتخيير، وقولها: اخترتُ، يصلح جوابًا لذلك.

لو قال لها: اختاري فقالت: اخترت

ولو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت، فهو باطل؛ لأن الاختيار محتمل، فلا يتعين للطلاق إلَّا بدليل.

لو قال لها: اختاري فقالت: اخترت نفسي

ولو قال لها: اختاري، فقالتُ: اخترت نفسي، فإن كان الزوج ينوي الطلاق، يقع الطلاق؛ لأن كلام الزوج محتملٌ، فلا بدّ من النيّة.

إن قال الزوج: اختاري نفسك

وإن قال الزوج: اختاري نفسك، أو قال: اختاري الطلاق، فقالت: اخترت، يقع الطلاق؛ لأن كلام الزوج مفسَّرٌ، وكلامها خرج جوابًا، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، فصار كأنها قالت: اخترت نفسي، ويكون بائنًا؛ لأن اختيار النفس: أن تصير نفسها لها، وذلك لا يكون إلَّا بائنًا، وعدم حق الرجعة.

لو قال: اختاري اختيارة

ولو قال: اختاري اختيارةً، فقالت: اخترت، يقع الطلاق؛ لأن الاختيارة تستعمل في الإفراد [والاتِّحاد]، فدلَّ على أنه أراد [به] شيئًا يقبل التَّعدُّد والاتِّحاد، واختيارُها نفسها مما يتعدَّد، فدلَّ ذلك على إرادته الطلاق، كأنه قال لها: اختاري الطلاق.

لو قال لامرأته: أنت خليّة، أو بريّة

(ولو قال لامرأته: أنت خليَّةٌ، أو بريَّةٌ، أو بتَّةٌ، أو بائنٌ، أو حرامٌ، أو اعتدِّي، أو أمرك بيدك، أو اختاري، فقالت: اخترت نفسي، وقال الزوج: لم أَنْوِ الطلاق، كان القول قوله)؛ لأن هذه الألفاظ كلها كنايات، وليست تصريح.

الكنايات أقسام ثلاثة

والكنايات أقسام ثلاثة: قسم يحتمل الطلاق ولا يحتمل الرد والشتم، وذلك ثلاثة ألفاظ: اعتدي، أمرك بيدك، اختاري.

قسم يحتمل الطلاق والشتم ولا يحتمل الرد

وقسم يحتمل الطلاق والشتم ولا يحتمل الرد، وذلك خمسة ألفاظ: خليّة، بريَّة، بتَّة، بائن، حرام؛ لأن قوله: خليّة، كما تحتمل الخلو عن النكاح، تحتمل الخلو عن الخيرات، وعن خصال الخير، وكذلك بريّة وغيرها من الألفاظ.

وكذا قوله: أنت حرام، تحتمل الحرمة بالطلاق، وتحتمل حرمة الصحبة لسوء خُلُقِها، وعن أبي يوسف: أنه ألحق هذه الخمسة أربعة أخرىٰ: لا سبيل لي عليك، لا ملك لي عليك، فارقتك، خلّيت سبيلك، ولا رواية في قوله: خرجت عن ملكي، قالوا: هذه بمنزلة قوله: خلّيت سبيلك، فهذه الأربعة تحتمل الطلاق والشتم، معناه: لا ملك لي عليك؛ لأني طلقتكِ، ولا ملك لي عليك لِشَرِّكِ وسوء خُلُقكِ، وكذلك غيرها من الألفاظ.

قسم يحتمل الطلاق ويحتمل الرد والدفع

وقسم يحتمل الطلاق، ويحتمل الرد والدفع، وذلك (**قوله: اخرُجِي، اذْهَبِي، قُوْمِي، اغْرُبِي، تَقَنَّعي، تَخَمَّرِي، استَتِرِي**).

[٩٥/ب]

الأحوال ثلاثة

والأحوال ثلاثة: حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق، وهي أن تسأل طلاقها، أو يسأل غيرها طلاقها، وحالة الغضب.

ففي حالة الرضا: لا يقع الطلاق بشيء من هذه الأقسام إلَّا بالنية؛ لأنها محتملة، فلا يتعين الطلاق إلَّا بدليل، فإذا قال: لم أَنْوِ الطلاق، كان القول قوله.

وفي حالة الغضب وذكر الطلاق: يقع الطلاق بالقسم الأول، ولا يُقبل قوله في أنه لم يَنْوِ الطلاق؛ لأن حالة الغضب وذكر الطلاق، تدعو إلى الطلاق والرد والشتم، وهذه الألفاظ لا تحتمل الرد والشتم، فيتعين للطلاق.

القسم الثاني: لا يقع بها الطلاق في حالة الغضب إلَّا بالنية

وأما القسم الثاني: لا يقع بها الطلاق في حالة الغضب إلَّا بالنية، ولو قال: لم أنْوِ به الطلاق كان القول قوله، ويقع الطلاق بها في حالة مذاكرة الطلاق، ولو قال: لم أنْوِ به الطلاق، لا يقبل قوله؛ لأن حالة الغضب كما تدعو إلى الطلاق، تدعو إلى الشتم، والشتم أدناهما ضررًا، فيُحمَل عليه، أمَّا في حال مذاكرة الطلاق يدعو إلى الطلاق؛ لأن السؤال داعٍ إلى الجواب، ولا يدعو إلى الشتم، فيتعين للطلاق بحكم الظاهر.

القسم الثالث: لا يقع بها الطلاق في الأحوال كلها إلّا بالنية

وأما القسم الثالث: لا يقع بها الطلاق في الأحوال كلها إلّا بالنية، فإن قال: لم أنْوِ الطلاق، كان القول قوله، أما في حال مذاكرة الطلاق؛ فلأن الإنسان قد يحنَثُ، وقد يُردُّ، والردُّ أدناهما فيُحمَل عليه، وفي حالة الغضب الردُّ متعارَفٌ أيضًا، فيُحمَل عليه.

أما احتمال الرد في قوله: اذْهبي، أو اخْرجي، أو اغْربي، فظاهر، وكذا قوله استتري، يحتمل الاستتار منه ومن غيره، حتى لو قال: استتري مني، قالوا: يقع الطلاق بالاتفاق.

وعن أبي حنيفة ومحمد: لو قال في حال مذاكرة الطلاق: فارقتك، وقال: لم أَنْوِ به الطلاق، لا يُصدَّق قضاءً، ولم يَرْوِ عنهما شيء في قوله: سَرَّحْتُكِ، قالوا: هو بمنزلة قوله: فارقتك، وعند الشافعي: لو قال: فارقتك، أو سرَّحْتُكِ، يقع الطلاق وإن لم يَنْوِ[1].

الواقع بالكنايات بائن

والواقع بالكنايات بائن عندنا؛ لأنها تبنىٰ عن البينونة، (**وتصح نية الثلاث فيها؛ لأنه نوىٰ البينونة الغليظة، ولا تصح نيّة الثنتين؛ لأنه عدد محض، واللفظ لا يحتمل العدد**).

لا تصحّ نيّة الثلاث في ثلاثة ألفاظ

ولا تصحّ نيّة الثلاث في ثلاثة ألفاظ: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، ويقع بها واحدة رجعية؛ لِمَا روي: «**أن النبي عليه الصلاة والسلام طلّق سودة بلفظ: اعتدي، ثم راجعها**»[2]؛ ولأنَّ الصريح مضمَرٌ فيها، كأنه قال: اعتدِّي لأني طلَّقتك أنت واحدة، يعني: أنت طالق تطليقة واحدة.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٨٥.

(٢) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرىٰ ٧/٧٥؛ نصب الراية ٣/٢١٧.

لو قال لها: اختاري ونوى به الثلاث

ولو قال لها: اختاري، ونوىٰ به الثلاث، لا تصح نية الثلاث؛ لأن القياس: أن لا يقع الطلاق بهذا اللفظ؛ لأن قولها: اخترت، معناه: اخترت أن أطلق، وطريق ذلك تطليق الزوج، فينبغي أن لا يقع الطلاق بدون التطليق، وإنما وقع الطلاق بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولا إجماع فيما زاد على الواحدة، فتقع واحدة بائنة؛ لِمَا قلنا.

لو قال لها: اخرجي اذهبي فتزوَّجي

ولو قال لها: اخرجي، اذهبي فتزوَّجي، وقال: لم أَنْوِ به الطلاق، لم يقع شيء؛ لأن معناه: تزوجي إن أُمكِّنك ويحِلُّ لك.

لو قال لها: وهبت لك طلاقك، ولم ينو شيئًا

ولو قال لها: وهبت لك طلاقك، ولم يَنْوِ شيئًا، تطلق قضاءً؛ لأن هبة الطلاق تقتضي وجوده، ووجوده بوقوعه، وعن أبي حنيفة: أنه لا يقع؛ لأن هبة الطلاق تحتمل الإعراض عن الطلاق، فإن قال: نويت به التمليك، صُدِّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، إن طلقت نفسها في المجلس، يقع، وإلَّا بطل؛ لأن الاسمُ يذكَر ويُراد به الفعل، كأنه قال: ملكتك التطليق.

لو قال لامرأته الحرّة: أعتقتك، أو أنت حرّة

ولو قال لامرأته الحرّة: أعتقتك، أو أنت حرّة، ونوىٰ به الطلاق، يقع الطلاق، وألفاظ الطلاق لا يقع بها العتاق عندنا، وقال الشافعي: يقع كما يقع الطلاق بألفاظ العتاق[1]، والمسألة معروفة.

ولو قال لها: أعَرْتُكِ طلاقك، عن أبي يوسف: أنه يقع، كما يقع في قوله: وهبت لكِ طلاقك.

لو قال لها: حبلك على غاربك

ولو قال لها: حبْلُك على غاربك، فهو بمنزلة قوله: خلَّيت سبيلكِ.

ولو قال: أفلِحِي واستَفْلِحِي، فهو بمنزلة قوله: اذهبي [بخير] واطلبي الفلاح مني، ومنهم من يروي: استفحلي، أي: اطلبي فَحْلاً.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٨٥.

لو قال لها: يا مطلقة، أو يا طالق

ولو قال لها: يا مطلقة، أو يا طالق، فهو بمنزلة قوله: أنت مطلقة، يقع به الطلاق في الحال، فإن كان لها زوج قبله قد طلَّقها، إن لم يَنْوِ شيئًا، يقع الطلاق للحال؛ لأن هذا الكلام يُذكَر عرفًا لإثبات هذا الوصف لها في الحال من جهته لا من جهة غيره، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف.

وإن قال: نويت الإخبار عن كونها مطلَّقةً من الزوج الأول، يُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لإمكان الاحتمال، وهل يُصدَّق في القضاء؟ ذكر في رواية أبي سليمان: أنه يُصدَّق؛ لأنه نوىٰ حقيقة كلامه، وفي رواية أبي حفص: لا [٩٦/أ] يُصدَّق، ولا يَسَع لها أن تُصدِّقه؛ لأن هذا الكلام صار إثباتًا[١] عُرْفًا، فكان الخبر منزلة المجاز، فلا يُصدَّق قضاءً، كما لو قال: أنتِ طالق، وقال عَنَيْتُ به طلاقًا عن وثاق، فإنه يُديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ دون القضاء.

لو قال: فسخت النكاح بيني وبينك

ولو قال: فسخت النكاح بيني وبينك، كان طلاقًا؛ لأنه صرَّح بارتفاع النكاح.

لو قال: لست لي بامرأة

ولو قال: لَسْتِ لي بامرأة، أو قال: لَسْتُ أنا بزوجك، أو ما أنا زوجك، أو قيل له: هل لك امرأة؟ فقال: لا، يقع الطلاق إذا نوىٰ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع، كما لو قال: ما كُنتِ لي بامرأة، أو قال: لم أكن بزوجك[٢]، أو قال: عَلَيَّ حجَّةٌ إن كنت لي بامرأة، أو قال: لا حاجة لي فيك، ولأبي حنيفة: أنه يحتمل الطلاق، أي: طلقتك فلَسْتِ لي بامرأة، بخلاف ما ذكر من المسائل، ولأنه كذب محض.

---

(١) في أ ذكر هنا زيادة (وإنشاءً).

(٢) في ج (تزوجتك).

لو قال: كوني طالقًا

ولو قال: كوني[1] طالقًا، يقع؛ لأن هذا يُذكَر للتحقيق، كما لو قال لأمته: كوني حرّةً.

لو قال: أنت أطلق من فلانة، وفلانة مطلقة

ولو قال: أنت أطلَقُ من فلانة، وفلانة مطلقة، فإن نوىٰ يقع، وإلَّا فلا؛ لأنه غير مستعمل، فلا يقع إلَّا إذا قال ذلك عقيب سؤال الطلاق، فحينئذٍ يقع.

لو قال لها: اعتدي، اعتدي، اعتدي

(**ولو قال لها: اعتدِّي، اعتدِّي، اعتدِّي، وقال: نويت بالأولىٰ الطلاق، وبالثانية والثالثة: الحيض، فهو مُصدَّق في القضاء**)؛ لأن اللفظ يحتمل اعتدِّي لأني طلَّقتك، ويحتمل الاعتداد بالوطء عن شبهة، ونحو ذلك، فلا يتعين للطلاق إلَّا بالنية، وإنما يدل عليه من الغضب أو ذكر الطلاق، وإذا نوىٰ يقع رجعيًّا؛ لِمَا قلنا، وذكر في «النوادر»: أن هذا استحسان، والقياس: أن يكون بائنًا، باعتبار سائر الكنايات، وإنما استحسنًّا؛ لحديث سودة رضي الله تعالىٰ عنها، [على ما مرَّ]؛ ولِمَا ذكرنا: أن الصَّريح مُضْمَرٌ فيه.

هذه المسألة على اثني عشر وجهًا

وهذه المسألة على اثني عشر وجهًا:

أحدها: أن قوله: لم أنْوِ الطلاق بشيء منها، وفي هذا كان القول قوله، كما لو ذكر ذلك مرّةً.

والثاني: أن يقول: نويت بالأولىٰ الطلاق، ولم أنْوِ بالباقيتين شيئًا، أو قال: نويت بالأولىٰ والثانية الطلاق، ولم أنْوِ بالثالثة شيئًا.

أو نويت بالكلمات كلها الطلاق، ففي هذه الوجوه: تطلَّق ثلاثًا؛ لأنه لمّا نوىٰ بالأولىٰ الطلاق، فقد صار الحال حال تذكرة الطلاق، فكان الباقي طلاقًا، نوىٰ أو لم يَنْوِ؛ لأن الأولىٰ رجعي، فيلحقه طلاق آخر.

---

(١) في ب (أنوي طلاقًا).

والخامس: إذا قال: نويت بالأولىٰ الطلاق، وبالباقيتين الحيض، فهو يُديَّن في القضاء؛ لأنه لمّا وقع الطلاق باللفظ الأول، جاء أوان الاعتداد بالحيض، فكان الظاهر شاهدًا له فيما قال.

والسادس: أن يقول: نويت بالأولىٰ والثانية الطلاق، وبالثالثة الحيض، فهو يُدَيَّن في القضاء أيضًا، وتطلق ثنتين؛ لِمَا قلنا.

والسابع: أن يقول: نويت بالأولىٰ الطلاق، ولم أنْوِ بالثانية شيئًا، ونويت بالثالثة الحيض، أو يقول: نويت بالأولىٰ الطلاق، وبالثانية الحيض، ولم أنْوِ بالثالثة شيئًا، فإنها تطلق ثنتين في هذين الوجهين؛ لأنه لمّا صار الحال حال مذاكرة الطلاق، [فكلُّ لفظ لم يَنْوِ فيه شيئًا، فهو طلاق، وإن قال: لم أنْوِ بالأُوْلىٰ والثَّانية شيئًا، وعَنَيْتُ بالثَّالثة الطَّلاق، فهي طلاقٌ واحدٌ؛ لأنَّه لم يَكُنِ الحالُ حَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلاق] عند الأولىٰ والثانية، فلا يقع بهما شيء، وإنما يقع بالثَّالثة؛ لأجل النِّـيَّة، فكذا لو قال: لم أَنْوِ بالأُوْلىٰ شيئًا، ونويت بالثَّانية الطلاق، وبالثالثة الحيض، فهي طلاق واحد.

وإن قال: لم أنْوِ بالأولىٰ شيئًا، ونويتُ بالثانية الطلاق، وبالثالثة لم أنْوِ شيئًا، فهي ثنتان؛ لأنه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الأولىٰ، فلا يقع بها شيء، والثانية صارت طلاقًا بالنية، والثالثة ذكرت في حال مذاكرة الطلاق، فصار طلاقًا أيضًا.

لو قال لها: اعتدي ثلاثًا، وقال: نويت باعتدي: طلاقًا

ولو قال لها: اعتدِّي ثلاثًا، وقال: نويتُ باعتدِّي: طلاقًا، ونويتُ بثلاث: ثلاث حِيَض، فهو كما قال في القضاء، أمَّا نِيَّة الطلاق في قوله: اعتدِّي، صحيح؛ لِمَا قلنا، وبعد وقوع الطلاق تلزمها الاعْتِدَاد بثلاث حيض، فكان الظاهر شاهدًا له فيما نوىٰ، [ونصب] الثلاث دليلٌ على ذلك، كأنَّه قال: بثلاث حيض.

إن قال لامرأته: هذه أختي

وإن قال لامرأته: هذه أختي، لا تحرم، وإن دام عليه؛ لأنها أخت له من حيث الدِّيْن، وكذا لو قال لعَبْده: هذا أخي، لا يُعتَق.

لو قال: هذه أختي من النسب، أو من الرضاع

ولو قال: هذه أختي من النسب، أو من الرضاع، أو هذه أُمي أو ابنتي، ومثلها يُولَد له، وليس لها نسبٌ معروفٌ، وداوَم علىٰ ذلك، بأن قال: ما قلته حق، تحرم عليه، ويفرق بينهما، وإن قال: غلطت، أو مزَحتُ، القياس: أنْ لا يُصَدَّق في ذلك، وهو قول الشافعي، وفي الاستحسان: يُصدَّق، وهو مذهبنا، والمسألة في كتاب النكاح من «الأصل».

لو قال لامرأته: أمرك بيدك اليوم، وبعد غد

(ولو قال لامرأته: أمرك بيدك اليوم، وبعد غد، فردَّت الأمر في اليوم، كان لها الأمر بعد غد، وقد بطل في ذلك اليوم، ولا يدخل فيه الليلة.

[٩٦/ب]

لو قال: أمرك بيدك اليوم وغدًا

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغدًا، فردَّت الأمر في اليوم، لا يبقىٰ الأمر في يدها في الغد، ويدخل فيه الليلة).

والفرق: أن في الفصل الثاني جمع بين الوقتين بحرف الجَمْع، وليس بينهما زمان من جنسهما، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، فكان المقصود امتداد الأمر إلى مُضِيِّ الوقت الثاني، كأنه قال: أمرك بيدك في هذين الوقتين[1]، ولو صرّح بذلك، كان أمرًا واحدًا، ويدخل فيه الليلة، كذلك هاهنا، فإذا ردّت في اليوم، بطل.

وروىٰ الكرخي عن أبي حنيفة: أنه لا يبطل في الغد، ولها أن تختار نفسها غدًا؛ لأن ردَّها كقيامها عن المجلس واشتغالها بعمل آخر، وفي الأمر المؤقّت لا يبطل الأمر بالقيام عن المجلس، ولا بالاشتغال بعمل آخر، فكذلك لا يبطل بالردِّ؛ ولأنه لما عطف اليوم الثاني على الأول، ولم يذكر لليوم الثاني خبرًا، صار خبر الأوَّل خبرًا للثَّاني، فصار كأنه قال: وأمرك بيدك في غد، وثمّة يتجدَّد الأمر، فَرَدُّ الأوَّلِ لا يبطل الآخر.

---

(١) في ب، د (اليومين).

لو قال: أمرك بيدك اليوم

وكذا لو قال: أمرك بيدك اليوم، أو قال: أمرك بيدك هذا الشهر، فردّت في اليوم، في ظاهر الرواية: لا يبطل، وعلى رواية الكرخي عن أبي حنيفة: يبطل في ذلك اليوم، وكان لها أن تختار بعد ذلك، هكذا ذكر في «المنتقىٰ»، ووجهه: أنه مؤقَّتٌ، فلا يبطل [بالردِّ، كما لا يبطل] بالقيام والاشتغال بعمل آخر.

وجه ظاهر الرواية: أن الوقت المذكور هاهنا بمنزلة المجلس في الأمر المطلق، وفي الأمر المطلق لو اختارت زوجها، خرج الأمر من يدها وإن بقي المجلس، كذلك هاهنا، يبطل الأمر وإن بقي الوقت؛ وهذا لأنها مخيَّرةٌ بين اختيار الزوج، وبين أن تختار نفسها بالطلاق، ولو اختارت نفسها لا يبقىٰ الأمر بعد ذلك، فكذا إذا اختارت زوجها، وإنما لا يبطل بالقيام عن المجلس، ولا بالاشتغال بعمل آخر؛ لأنه لمَّا وقَّتَه بوقت تضطرُّ إلى القيام في ذلك الزمان، وإلى الاشتغال بعمل آخر، فلم يجعل ذلك العمل إبطالاً، وجعل عفوًا ضرورةً، أما اختيار المرأة زوجها استيفاءً لأحد الخيارين، فلا يبقىٰ الأمر ضرورةً.

لو قال: أمرك بيدك اليوم وغدًا وبعد غَدٍ

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغدًا وبعد غَدٍ، فهو بمنزلة قوله: أمرك بيدك اليوم وغدًا.

أما الفصل الأول: وهو ما إذا قال أمرك بيدك اليوم وبعد غد، فرَدَّت في اليوم، كان لها الخيار بعد غد، وقال زفر: يبطل الأمر أصلاً، ولا يكون لها الخيار بعد غد؛ لأنه أمر واحد، فيبطل برد واحد، كما في المسألة التي تقدمت.

ولنا: أنهما أمران مختلفان؛ لأنه لمّا لم يذكر الأمر في الغد، ينقطع الأمر بمُضِيِّ اليوم، والأمر متىٰ انقطع لا يَعُود إلَّا بتجديد الأمر، فاقتضىٰ ذكر ما بعد الغد مقطوعًا عن اليوم أمرًا آخر، والثابت اقتضاءً كالثابت نصًّا، [ولو قال: أمركِ بيدكِ اليوم، وأمركِ بيدكِ بعد غد، ثبت أمران، لا يبطل أحدهما ببطلان

الآخر، كذلك هنا، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن ذكر اليومين المتواليين، ذِكْرٌ لِمَا بينهما من الليلة، فلا ينقطع الأمر بمُضِيِّ اليوم، أما هاهنا بخلافه][1].

لو قال: أمركِ بيدكِ اليوم، وأمركِ بيدكِ غدًا

ولو قال: أمركِ بيدكِ اليوم، وأمركِ بيدكِ غدًا، فهما أمران، ولو اختارت زوجها اليوم، كان الأمر بيدها في الغد؛ لأن الإفراد بالخبر دليلٌ على أنَّه لم يُرِدْ به الجمع بين الوقتين، فردّ أحدهما لا يبطل الأخر.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد: (**لو قال: أمرك بيدك اليوم، كان الأمر بيدها إلى غروب الشمس، ولو قال: أمرك بيدك في اليوم، فقامت عن مجلسها، بطل**)، وهو على ما ذكرنا من الأصل في قوله: أنت طالق غدًا، أنت طالق في غد.

وذكر القدوري: لو قال لها: أمرك بيدك في هذا الشهر، فاختارت زوجها، خرج الأمر من يدها في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه تمليك واحد، فبطل بصريح الرَّدِّ.

وعلى قول أبي يوسف: يبطل الأمر في ذلك المجلس، لا في مجلس آخر، كما لو قامت عن مجلسها، وفي بعض الروايات: ذكر الخلاف على عكس هذا، على قول أبي يوسف: يبطل خيارها أصلاً.

وعلى قولهما: يبقىٰ في غير ذلك المجلس، والصحيح هو الأول.

لو قال: أمرك بيدك في هذه السنة

ولو قال: أمرك بيدك في هذه السنة، ثم طلقها واحدةً قبل الدخول، ثم تزوَّجها في تلك السنة، كان لها الخيار في قول أبي حنيفة؛ لأنها لم تَسْتَوْفِ موجب الخيار، وطلقات هذا الخيار[2] لم تَسْتَوْفِ أيضًا، فبقي خيارها.

---

(١) الزيادة من ج.

(٢) في ب، د (الملك).

لو قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك

ولو قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك، ثم طلقها قبل الدخول واحدة، ثم تزوجها، فجاء رأس الشهر، كان الأمر بيدها.

لو قال لامرأته: يوم يقدم فلان، فأمرك بيدك

(ولو قال لامرأته: يوم يقدم فلان، فأمرك بيدك، فَقَدِمَ فلان نهارًا ولم تعلم به حتى جنّ الليل، فلا خيار لها.

لو قال لامرأة: يوم أتزوجك فأنت طالق

ولو قال لامرأة: يوم أتزوجك فأنت طالق، فتزوجها ليلاً أو نهارًا، طلقت).

جعل اليوم عبارةً عن بياض النهار في فصل الأمر، وجعلها عبارةً عن مطلق الوقت في فصل التزوج، ووجه ذلك: أن اليوم مستعمل فيهما، أما بياض النهار معلومٌ، وأما في مطلق الوقت، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ**﴾ [الأنفال: ١٦]، ويراد به مطلق الوقت، فينظر إلى ما قرن به.

[٩٧/أ]

فإن قرن بفعل يمْتَدُّ يُراد به النهار عرفًا، ويكون بياض النهار معيارًا له؛ لأن بياض النهار يختص بما يمتَدُّ كالصوم، وإن قرن بما لا يمتَدُّ، يُراد به مطلق الوقت، والتزوج مما لا يمتَدُّ، فكان [اليوم] فيه لمطلق الوقت، والأمر [باليد] مما يمتَدُّ، فكان الأمر(١) فيه لبياض النهار.

فإذا لم تعلم بالقدوم حتى غربت الشمس، فإنما علمت بعد انقضاء مدة الأمر، فلا يبقىٰ الأمر، كما لو جعل أمرها بيدها غدًا وهي غائبة، فلم تعلم بذلك حتى مضىٰ الغد، لا يبقىٰ الأمر، كذلك هاهنا.

لو جعل أمرها بيدها وهي غائبة

ولو جعل أمرها بيدها وهي غائبة، كان لها الخيار إذا علمت، فإن طلقت نفسها قبل العلم، لا تطلق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن أوامر الشرع(٢) لا تلزم بدون العلم، فأوامر العباد أولىٰ.

---

(١) في ب (اليوم).

(٢) في ج (أوامر الله بالشَّكِّ لا تلزم).

ولو جعل أمرها بيد رجلين

ولو جعل أمرها بيد رجلين، فطلقها أحدهما وأبىٰ الآخر، لا يقع عندنا، خلافًا لزفر، له: أنه أَمَرَ بإيقاع الطلاق بغير بدل، فينفرد به أحدهما، كما لو قال لهما: طلِّقا امرأتي.

ولنا : أنه فوّض الأمر إلى رأيهما، ولم يَرْضَ برأي أحدهما، فلا ينفرد به أحدهما، بخلاف ما لو قال: طلِّقا؛ لأنه طلب الطلاق منهما، فينفرد به أحدهما.

إن جعل أمر امرأته بيدها، أو خيّرها

(وإن جعل أمر امرأته بيدها، أو خيّرها، لها الخيار ما دامت في مجلسها، وإنْ مكثت يومًا، ما لم تقُمْ، أو تأخذ في عمل آخر)؛ لأن الأمر باليد في معنىٰ التخيير، وخيار المخيّرة يمتدُّ إلى آخر المجلس، ويقتصر عليه بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فكذلك الأمر باليد؛ ولأن الأمر باليد تمليك، وليس بتوكيل؛ لأن التوكيل من يعمل لغيره، وهي في رفع القيد عن نفسها عاملةٌ لنفسها، فكان تمليكًا، وجواب التمليك يقتصر على المجلس؛ لأن التمليك لا يتم بدون القبول، والقيام عن المجلس دلالة الإعراض والرد.

(وإن كانت قائمة فقعدت، لم يبطل خيارها)؛ لأن ذلك دليل الإقبال، لا دليل الإعراض، فإن من أصابه أمر عظيم، يحتاج إلى التأمل، يقعد إن كان قائمًا، **(وكذا لو كانت قاعدة، فاتّكأت، أو متّكئة فقعدت)**؛ لأن الكل دليل الإقبال.

(وكذا لو قالت : ادْعُ لي أبي أستشيره، أو شهودًا أشهدهم، لا يبطل خيارها)؛ لأن ذلك دليل الإقبال.

(**وإن كانت تسير على دابة، أو في مَحْمِلٍ، فوقفت، لم يبطل خيارها**)، وإن سارت بطل خيارها؛ لتبدُّل المجلس، (**والسفينة بمنزلة البيت**) وإنْ كانت تجري [فهي بمنزلة البيت]؛ لأن سيرها لا يُضاف إلى راكبها، بخلاف سير الدابة، فإنها تجري بالماء، ولا يقدر على إيقافها متىٰ شاء، قال الله تعالىٰ: ﴿وَهِىَ تَجْرِى بِهِمْ فِى مَوْجٍ كَٱلْجِبَالِ﴾ [هود: ٤٢].

وكذا لو لبست ثيابها، لا يبطل خيارها؛ لأنها في بيتها [تكون] في ثياب مِهْنَتِها، فإنما تلبس ثيابها لتدخل الشهود عليها، أو لتكون مستترةً من زوجها إذا اختارت نفسها، فلا يسقط خيارها بذلك.

لو قال لها: أمرك بيدك ينوي ثلاثًا

(**ولو قال لها: أمرك بيدك ينوي ثلاثًا، فقالت: اخترت نفسي بواحدة، فهي ثلاث**)؛ لأن قولها: اخترت يصلح جوابًا للأمر؛ لأن الأمر تمليك، وقولها: اخترت، جعل جوابًا للتمليك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وقولها: بواحدة في مثل هذا، تستعمل في الدفعة، والمرّة، كأنها قالت: أخترت الكل بدفعة واحدة.

(**وإن قالت: طلقت نفسي بواحدة، فهي واحدة بائنة**)؛ لأن الواحدة نعت فرد، فيقتضي مصدرًا محذوفًا، فيجب إثبات المصدر على موافقة الفعل، ففي الفصل الأول: أثبتنا الاختيارة، أي: اخترت نفسي باختيارة واحدة، وفي الفصل الثاني: التطليقة، فصار كأنها قالت: طلقت نفسي بتطليقة واحدة، ولو صرّحت بذلك، تقع واحدة؛ لأنها تملك إيقاع الثلاث، فتملك الواحدة، ويكون بائنًا؛ لأن الأمر باليد يقتضي مالكية الإبانة، وقولها: طلقت، يصلح للإبانة، ألا ترىٰ أنه لو قال لها: طلقي نفسك بائنًا، فقالت: طلقت نفسي، يكون بائنًا، كذلك هاهنا.

ثم نِيَّة الثلاث تصح في الأمر باليد؛ لأن الأمر المطلق يقتضي المالكية المطلقة، وإنها تحتمل العموم والخصوص، ولا تصح نية الثلاث في قوله: اختاري؛ لِمَا ذكرنا؛ [لأن التَّخيير لا يكون إيقاعًا؛ ولهذا لو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت، لا يقع؛ لأنَّا] (عرفنا وقوع الطلاق بإجماع الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، ولا إجماع فيما زاد على الواحدة)[١].

لو قال لها: أنت واحدة، ينوي الطلاق

(**ولو قال لها : أنت واحدة، ينوي الطلاق، فهي واحدة، يملك الرجعة**)، وقال الشافعي: لا يقع شيء[٢]؛ لأن الواحد نعت للمرأة، فلا يقع بها، كما لو قال: أنت قائمة، أو قاعدة.

ولنا : أنه نوىٰ ما يحتمله لفظه، فإن الواحدة تصلح نعتًا للتطليقة، وإقامة النعت مقام المنعوت سائغٌ في اللغة، يقال: ضربته وجيعًا، وأعطيته جزيلاً، فصار كأنه قال: أنت طالق تطليقةً واحدةً.

واختلف المشايخ في محل الطلاق: قال بعضهم: الخلاف فيما إذا قال: واحدة، ولم يُعرِب، فأما إذا أعرب الواحدة بالرفع، لا يقع شيء وإن نوىٰ؛ لأنها نعتٌ للمرأة، فلا يقع بها الطلاق عند الكل، وإن نصب الواحدة يقع [٩٧/ب] وإن لم ينْوِ؛ لأن النصب لا يصلح نعتًا للمرأة، ويصلح نعتًا للتطليقة، وأكثر المشايخ قالوا: الكل على الاختلاف؛ لأن العوام لا يُميِّزُون بين إعراب وإعراب، وعن أبي يوسف: أنه لا يعتبر النحو في مثل هذا، ومحمد يعتبره. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) ما بين القوسين، ساقطة من ب، د.

(٢) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٤/٥٤١.

بَابُ
المَشِيْئَةِ

رجل قال لامرأته: طلِّقي نفسك، ولم ينو شيئًا

(رجل قال لامرأته: طلِّقي نفسك[1]، ولم يَنْوِ شيئًا، أو نوىٰ واحدة، فقالت: طلقت نفسي، فهي واحدة رجعية)؛ لأنه ملّكها التَّطْلِيق، فانتقل كلامها إليه، ولو قال لها بعد الدخول: طلقتك، تقع واحدة رجعية، كذلك هاهنا.

(وإن نوىٰ الزوج الثلاث، صحّت نيّته)؛ لأن قوله: طلقي نفسك مختصر من الكلام، ومطوَّله: افعلي فعل التطليق، والتطليق يتناول الأدنىٰ مع احتمال الكل، وإن نوىٰ الثنتين لا يصح؛ لأن اللفظ لا يحتمل العدد، إلَّا إذا كانت أمةً، فتصح نيّة الثنتين؛ لأن ذلك كل (الطلاق في حقها)[2].

لو قال لها: طلقي نفسك! فقالت: أبنت نفسي

(ولو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنتُ نفسي، تقع واحدة رجعية، وإن قالت: اخترت نفسي، لا يقع شيء)؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، ألا ترىٰ أنه لو قال لها: أبنتُك، ونوىٰ الطلاق، يقع، فإذا قالت: أبنتُ، فقد وافقته في أصل التفويض، وخالفته في الوصف، فيبطل الوصف، وتقع واحدة رجعية، كما لو قالت: أبنتُ نفسي بتطليقة واحدة.

---

(١) في نسختي متن الجامع الصغير، تبدأ المسألة بعبارة: «في رجل قال لامرأته: طلِّقي نفسك، ينوي ثلاثًا، فقالت: طلقتُ نفسي ثلاثًا، فهي ثلاث» ص٢١٠، وإن كانت عبارة المؤلِّف بعد بضع أسطر تشير إلى ذلك.

(٢) في ب، د (طلاقها) فقط.

أمَّا الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق؛ ولهذا لو قال لها: اختاري، أو قال: اخترتُك، ونوىٰ الطلاق، لا يقع، وإنما يقع الطلاق إذا صدر جوابًا لتخيير الزوج بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وهاهنا لم يوجد التخيير.

لو قال لها: طلقي نفسك!

(ولو قال لها: طلقي نفسك، ليس له أن يرجع عنه، وإن قامت عن مجلسها، بطل الأمر).

لو قال لها: طَلِّقي ضَرَّتك، وكذا لو قال لأجنبي: طلق امرأتي

ولو قال لها: طَلِّقي ضَرَّتك، يملك الرجوع عنه، ولا يقتصر على المجلس، **(وكذا لو قال لأجنبي: طلِّق امرأتي، كان له أن يرجع عنه، ولا يقتصر على المجلس)**.

ووجه ذلك: أن قوله: «طلِّق امرأتي»، أو «طلقي ضرَّتَك»، توكيلٌ؛ لأن التوكيل من يعمل لغيره، والأجنبي يعمل لغيره، والتوكيل لا يقتصر على المجلس؛ لأنه لو اقتصر على المجلس، ربما لا يقدر على الفعل في المجلس، فلا يحصل الغرض.

ويملك الرجوع عنه؛ لأنه يعمل للموكِّل، وفي لحوق المنّة ضررٌ، فكان له أن يرجع.

أما في قوله: «طلِّقي نفسكِ»، تمليكٌ فيقتصر على المجلس؛ لِمَا قلنا [من إجماع الصحابة رضي الله عنهم] في خيار المخيَّرة، ولأن التمليك لا يتم بدون القبول، وهذا تمليك ثبت في ضمن الأمر بالفعل، فكان قبوله بتحصيل الفعل، فإذا قامت قبل التطليق، بطل، كما لو قام أحد العاقدين عن مجلس البيع قبل القبول.

وإنما لا يملك الرجوع عنه؛ لأنه تَمَّ ما كان من جهته، فالرجوع يكون إبطالاً لحق المرأة، فلا يصح.

ولا يلزم على ما قلنا، إذا رجع البائع عن البيع قبل قبول المشتري، حيث يصح؛ لأنَّ ذاك عرف شرعًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المتبايعان بالخيار ما لم يتفرَّقا**»[1]، يعني خيار القبول، والشرع الوارد ثمّة لا يكون واردًا هاهنا؛ لأن البيع يقع بغتةً وفجأةً، فالشرع جعله بسبيل من الرجوع.

أما الطلاق لا يكون إلَّا بعد تأمُّل وتفكُّر؛ ولهذا يصح شرط الخيار في البيع، ولا يصح في الطلاق في جانب الزوج؛ ولأن البيع تمليكٌ بإزاء تمليك، وقبل قبول المشتري البائعُ لم يملك الثمن، فكذا المشتري لا يملك المبيع[2]، فالرجوع لا يكون إبطالاً للملك الثابت، أما التفويض تمليك [واحد]، وقد تَمَّ ما كان من جهته، فرجوعه بعده يكون إبطالاً لملك المرأة.

فإن كان الطلاق بعوض -في إحدىٰ الروايتين-: إذا رجع الزوج قبل قبول المرأة، صحّ رجوعه؛ لِمَا قلنا.

وفي إحدىٰ الروايتين: لا يصح رجوعه؛ لأن ملك المرأة طلاقها، لا يتوقف على ملك الزوج البدل، ألا ترىٰ أنه لو قال لها: طلقي نفسك بميتة أو دم، فطلقت نفسها بذلك، يقع الطلاق، وإن كان الزوج لا يملك البدل، فكان الرجوع إبطالاً لملك المرأة على كل حال؛ ولأن قوله: «طلِّقِي نفسكِ»، مشتمل على التمليك والتعليق، أما التمليك؛ فلِمَا قلنا، وأما التعليق؛ فلأن وقوع الطلاق يتعلق بقبول المرأة، فإن اعتبرناه تعليقًا، كان لازمًا؛ لأن تعليق الطلاق لازم، وإن نظرنا إلى التمليك، يكون لازمًا أيضًا، فيكون لازمًا على كل حال.

---

(١) متفق عليه من حديث ابن عمر، البخاري (٢٠٠٨) من حديث حكيم بن حزام؛ ومسلم (١٥٣١) بلفظ: «البَيِّعَان»؛ واللفظ للنسائي، كما في الدراية ١٤٧/٢. انظر: نصب الراية ١/٤.

(٢) في ج زيادة على سائر النسخ: (وقبل قبول البائع لا يملك الثمن، فكذا المشتري لا يملك المبيع).

أما قوله للأجنبي: «طلِّق امرأتي»، مشتمل على التوكيل والتعليق، والتعليق إن كان يقتضي اللزوم، فالتوكيل لا يقتضي اللزوم، بل يمنع، فلا يثبت اللزوم، هذا كله مذهب أصحابنا.

[٩٨/أ] وقال الشافعي: إذا قال لامرأته: طلقي نفسك، أو قال لأجنبي: طلق امرأتي، فهو توكيل يملك الرجوع عنه[١]. وحجّتنا ما قلنا.

ولو قال لأجنبي: طلق امرأتي إن شئت، كان تمليكًا، وقال زفر: هو توكيلٌ[٢]؛ لأنه لو لم يذكر المشيئة، كان توكيلاً، فكذا إذا ذكر المشيئة، ألا ترىٰ أنه لو قال لغيره: بِعْهُ إن شئت، كان توكيلاً، ولا يتغيَّر بذكر المشيئة، فكذلك هاهنا.

وإنا نقول: إذا ذكر المشيئة، يصير تمليكًا؛ لأن المالك هو الذي يتعلَّق وجود التَّصرف بمشيئته واختياره، وأما غير المالك، يطلب منه التصرف حتمًا، فإذا ذكر المشيئة على وجه الشرط فيما يحتمل التعليق، يَصِحُّ ذكر المشيئة ويصير لازمًا، بخلاف التوكيل بالبيع؛ لأنه ذكر المشيئة على وجه الشرط، والبيع لا يحتمل التعليق، فلا يصح ذكر المشيئة، وبدون المشيئة لا يصير لازمًا.

لو قال لها: طلقي نفسك واحدة.

(**ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثًا، لا يقع شيء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تقع واحدة**)؛ لأنها أتت بما فوّض إليها وزيادة؛ لأن الواحدة من أجزاء الثلاث، فيقع ما فوّض إليها، وتبطل الزيادة، كما لو قالت: طلقت نفسي واحدة، وواحدة، وواحدة؛ ولهذا (**لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا، فطلقت نفسها واحدة، يقع واحدة**).

---

(١) انظر: المهذب ٤/٢٨٩؛ المنهاج (مع مغني المحتاج) ٣/٢٨٦.

(٢) في ج (تمليك).

ولأبي حنيفة: أن الثلاث غير الواحدة؛ لأن الثلاث جمع، والواحدة فرد، وبينهما مغايرة ظاهرًا، والتلفظ بأحدهما لا يكون تلفظًا بالآخر، إلَّا إذا ذكر الثلاث، والتصرف في الثلاث متىٰ صَحَّ، كانت الواحدة من أجزائها، وهاهنا لم يصح ذكر الثلاث في جوابها؛ لعدم التفويض، فلا يصح في البعض؛ لأن حكم البعض حكم الكل، بخلاف ما إذا فوَّض إليها الثلاث، فأتت بالواحدة[1]؛ لأنها ملكت الثلاث، فملكت ما كان من أجزائها.

لو قالت المرأة لزوجها: طلقني واحدة بألف!

ولو قالت المرأة لزوجها: طلِّقني واحدة بألف، أو على ألف، فقال: طلقتك ثلاثًا بألف، عند أبي حنيفة: يكون مبتدئًا، إن قبلت تقع الثلاث، وإن لم تقبل: لا يقع شيء، وعندهما: لا يتوقف على قبولها، بل تقع واحدة بألف، وثنتان بغير شيء.

ولو قال لها الزوج والمسألة بحالها: طلقتك ثلاثًا، ولم يذكر الألف، عند أبي حنيفة: تقع الثلاث بغير شيء؛ لأنه ابتدأ الكلام، وعندهما: تقع واحدة بألف، وثنتان بغير شيء؛ لأنه في الواحدة مجيبٌ، وفي الزيادة مبتدئٌ.

لو أمرها بطلاق يملك الرجعة، فطلقت نفسها بائنة

(**ولو أمرها بطلاق يملك الرجعة، فطلقت نفسها بائنةً، أو أمرها بالبائن، فأوقعت رجعيةً، يقع ما أمرها الزوج**)، أما إذا أمرها بالرجعي، فقالت: طلقت نفسي تطليقةً بائنةً؛ فلأنها وافقته في أصل الطلاق، وخالفته في الصفة، فيقع أصل الطلاق، وأصل الطلاق رجعي، وأما إذا أمرها بالبائن، فقالت: طلقت نفسي تطليقةً رجعيةً؛ لأن قولها: طلقت، يصلح جوابًا، [فما يصلح جوابًا يصحُّ][2]، وتبطل الزيادة.

---

(١) في ج (كانت بالواحدة أولىٰ).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ب، د، وفي ج (كما يصلح خطابًا يصح).

لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت

(ولو قال لها: **طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت، فطلقت واحدة، لا يقع شيء**)؛ لأنه علق التمليك بمشيئتها الثلاث، كأنه قال: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت الثلاث، فإذا شاءت الواحدة، لم يوجد شرط ثبوت التمليك، فلا يقع شيء.

لو قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت

(ولو قال لها: **طلقي نفسك واحدة إن شئت، فطلقت نفسها ثلاثًا، لا يقع شيء في قول أبي حنيفة**)؛ لأن التمليك معلَّقٌ بمشيئة الواحدة، ولم توجد؛ لأن الثلاث غير الواحدة؛ (وقال أبو يوسف ومحمد: **إذا طلقت نفسها ثلاثًا تقع واحدة**)؛ لأنها لمّا شاءت الثلاث، فقد شاءت الواحدة وزيادة، فتقع الواحدة كما لو شاءتها وحدها.

ولأبي حنيفة: ما قلنا إن الثلاث غير الواحدة، فلم تكن مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة.

لو قال لها: أنت طالق إن شئت

(ولو قال لها: **أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئتُ إن شئتَ، فقال الزوج: شئتُ، ينوي طلاقها، لا يقع شيء**)؛ لأنه فوَّض إليها مشيئةً مُنَجَّزَةً، وقد أتت بمشيئةٍ مُعَلَّقَةٍ، والاشتغال بالتعليق يكون إعراضًا عمّا فوَّض إليها، فيبطل، ويخرج الأمر من يدها.

(وكذا لو قال لها: **أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شاء أبي**)، أو قالت: شئت إن كان كذا، لأمر لم يجئ بعد، (**بطل الأمر**)؛ لِمَا قلنا، (ولو قالت: **قد شئت إن كان كذا، لشيء قد مضىٰ، وقع الطلاق**)؛ لأن التعليق بالكائن تنجيزٌ.

(ولو قال لها: **أنتِ طالق إن شئتِ، فقالت: شئتُ إن شئتَ، فقال الزوج: شئتُ طلاقكِ، يقع الطلاق؛ لأن هذا إيجابٌ تامٌّ**).

وذكر في «المنتقىٰ» ما يوافق هذا، فقال: رجل قال لامرأته: شئتُ طلاقك، أو رضيتُ طلاقك، أو قال لعبده ذلك، كان طلاقًا وعتاقًا؛ لأن الشيء عبارة عن الموجود، فقوله: «شئت»، بمنزلة قوله: «أوجدت».

وكذا لو باع شيئًا بشرط الخيار، ثم قال: شئت أن أجيز هذا البيع، أو [٩٨/ب] رضيتُ، كان إجازةً، ولو قال: أردتُ طلاقك، أو قال ذلك لعبده، كان باطلاً، وكذا لو قال في مسألة البيع: أردت إجازة هذا البيع، لم يكن إجازةً.

لو قال لامرأته: شئتِ الطلاق؟ فقالت: شئتُ

ولو قال لامرأته: شئتِ الطلاق؟ فقالت: شئتُ، يقع.

ولو قال: أَرِيْدِي الطَّلاق، أو [أَجِيْبِي][1] الطَّلاق، ونوىٰ به الطلاق، فقالت: [أجبتُ]، أو أردتُ، لا يقع الطلاق.

لو قال لها: أنت طالق إذا شئت

قال في الكتاب: (**لو قال لها: أنت طالق إذا شئت، أو إذا ما شئت، أو متىٰ شئت، أو متىٰ ما شئت، فردَّت الأمر، لم يكن ردًّا، ولا يقتصر على المجلس، ولا يكون لها أن تطلق نفسها إلَّا واحدة**)؛ لأن كلمة «متىٰ»، و«متىٰ ما» للوقت، فصار كأنه قال: أنت طالق في أيِّ وقت شئت، ولو صرّح بذلك، كان لها أن تطلق نفسها في أيِّ وقت شاءت، ولا يقتصر على المجلس؛ لأن هذا تمليكٌ مضاف إلى وقت المشيئة، فالرد قبل المشيئة، ردٌّ قبل ثبوت الملك، فلا يصح.

وكلمة «إذا» و«إذا ما»: عند أبي يوسف ومحمد: للوقت، بمنزلة «متىٰ»، وعند أبي حنيفة: تستعمل في الوقت والشرط [جميعًا]، فلما كان الاستعمال في الشرط يبطل بالقيام عن المجلس -كما في قوله: إن شئت-، ولما كان الاستعمال في الوقت لا يبطل -كما في كلمة «متىٰ»-، فلا يبطل بالشك، ولا تطلق إلَّا واحدة؛ لأن قوله: أنت طالق، لا يحتمل إلَّا واحدة.

---

(١) في أ (أجيزي)، وفي الجواب (أجزت)، والمثبت من سائر النسخ.

لو قال لها: أنتِ طالق كُلّما شئتِ

(ولو قال لها: أنتِ طالق كُلَّما شئتِ، لها أن تطلق نفسها واحدةً بعد واحدة، حتى تطلق نفسها ثلاثًا)؛ لأن كلمة «كُلَّما» تعُمُّ الأفعال، فيتعلق الطلاق بكل مشيئة، ويتكرر بتكرار المشيئة، **(فإن عادت إليه بعد زوج آخر، فشاءت، لا يقع شيء)**؛ لأنه فَوَّض إليها طلاق ذلك الملك، ولم يَبْقَ، **(وإن شاءت الثلاث جملةً، لا يقع)**؛ لأنه فوّض إليها عند كل مشيئة واحدة، فإذا شاءت الثلاث، لم يقع شيء في قول أبي حنيفة، وعندهما: تقع واحدة؛ بناءً على ما ذكرنا من الخلاف.

لو قال لها: أنتِ طالق حيث شئتِ

(ولو قال: أنتِ طالق حيث شئتِ، أو أين شئتِ، لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت عن مجلسها، بطل)؛ لأنها من [حروف][1] المكان، والطلاق لا يختص بمكان، إذا وقع في مكان، يقع في سائر الأماكن، فيلغو ذكر المكان؛ لعدم الفائدة، وإذا لَغَا ذكر المكان، بقيت المشيئة والطلاق، فيصير كأنه قال: أنت طالق إن شئت، وثمّة يقتصر على المجلس، بخلاف الوقت والزمان؛ لأن للطلاق تَعَلُّقًا بالزمان، يجوز أن يقع في زمان دون زمان؛ ولهذا لو قال لها: أنت طالق في الغد، لا يقع قبله.

لو قال لها: أنتِ طالق في الدار

ولو قال لها: أنتِ طالق في الدار، أو في مكان كذا، وأنها ليست في ذلك المكان، يقع في الحال.

لو قال لها: أنت طالق كيف شئت

(ولو قال لها: أنت طالق كيف شئت، يقع في الحال تطليقة رجعية[2]، ثم قال بعد ذلك: إن قالت المرأة: شئتُ واحدةً بائنةً، أو ثلاثًا، وقال الزوج:

---

(١) في أ (ظروف)، والمثبت من سائر النسخ.

(٢) في ب، د (يملك الرجعة).

ذلك نويتُ، فهو كما قال)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع شيء حتى تشاء؛ لأن الطلاق على الوصف الذي تشاء، لا يكون إلَّا إذا تعلَّق أصل الطلاق بمشيئتها؛ لتوقُّفِها على الوصف الذي تشاء، فإن شاءت أوقعت رَجْعِيَّةً، وإن شاءت أوقعت بائنةً، وإن شاءت أوقعت ثلاثًا.

ولأبي حنيفة: أن المشيئة دخلت على صفة الطلاق، بقي أصل الطلاق بلا مشيئة؛ وهذا لأنه ملَّكها التصرُّف في وصف الطلاق، والتصرُّف في وصف الطلاق لا يتصوَّر قبل وجود الأصل، ووجود الطلاق بوقوعه، فيقع أصل الطلاق، ويكون لها أن تتصرَّف في الوصف بعد ذلك.

وثمرة الخلاف: تظهر فيما إذا قَامَتْ عن مجلسها قبل المشيئة، عند أبي حنيفة: تقع واحدة رجعية، وعندهما: لا يقع شيء.

لو قال لها: أنت طالق كم شئتِ، أو ما شئت

(ولو قال لها: أنت طالق كم شئتِ، أو ما شئت، لها أن تطلق نفسها ما شاءت)؛ لأنه فوَّض إليها ما شاءت من العدد؛ لأن كلمة «كم» تستعمل في العدد، وكذلك كلمة «ما»، يقال: كم مالَكَ، وخُذْ من دراهمي ما شئت، أي: العدد الذي شئت، **(ويقتصر على المجلس، وإن ردّت بطل)**؛ لأن التمليك في كل عدد شاءت مُرْسَلٌ مُنَجَّزٌ، فيقتصر على المجلس.

لو قال لها: طلِّقي نفسكِ من ثلاث ما شئتِ

(ولو قال لها: طلِّقي نفسكِ من ثلاث ما شئتِ، كان لها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين، ولا تطلق ثلاثًا، وقال أبو يوسف ومحمد: لها أنْ تُطَلِّق نفسها ثلاثًا إن شاءت)؛ لأن هذا الكلام يُذكَر للتوسِعَةِ؛ ولهذا لو قال: كُلْ مِنْ هذا الرَّغيف ما شئت، كان له أن يأكل الكل.

ولأبي حنيفة: أنَّه أدخل كلمة التبعيض، وهي «مِنْ» على الثلاث، فأوجبت تبعيض الثلاث، وكلمة «ما» للتعميم، فيدخل في ملكها بعض عام من الثلاث، وذلك ثنتان، بخلاف قوله: «كُلْ مِنْ هذا الرغيف»، فإنه ثمّة صار الكل مرادًا بدلالة الحال؛ لأن المقصود من هذا الكلام: إظهار الجود والسماحة، فلا يقع على البعض، فإذا أوقعت الثلاث، عند أبي حنيفة: لا يقع [٩٩/أ] شيء؛ لِمَا عرف من مذهبه: أن المأمور بالواحدة أو الثنتين إذا أوقع الثلاث، لا يقع شيء. [والله تعالىٰ أعلم].

***

بَابُ الخُلْعِ

الخُلْعُ:
طلاق بائن

الخُلْعُ: طلاقٌ بائنٌ عندنا، وتَصِحُّ نيّة الثلاث فيه، وقال الشافعي: فسخ[١].

وإنما تظهر ثمرة الخلاف: فيما إذا طلقها في عدة الخلع تطليقة رجعية، عندنا: يقع، وعند الشافعي: لا يقع، وكذا لو تزوجها مرارًا وخلعها في كل عقد، عندنا: لا يحل له نكاحها قبل الزوج الثاني، وعنده: يحل.

وأجمعوا: على أنه لا يحل له وطؤها إلَّا بنكاح جديد، وقال بعض الناس: الخلع تطليقة رجعية.

ومقتضىٰ الخلع في قول أبي حنيفة: براءة الزوج عن المهر إذا لم يكن المهر مقبوضًا، خَلَعَها قبل الدخول أو بعده، وإن كان المهر مقبوضًا، فمقتضاه براءة المرأة عمّا يستحق الزوج عليها بالطلاق قبل الدخول.

الخلع
على وجوه أربعة

وجملة الخلع على وجوه أربعة: إما إن خلعها على مهرها، أو على بعض مهرها، أو على مال آخر، أو خلعها ولم يذكر العوض:

---

(١) قال النووي في المنهاج: «الفُرقَة بلفظ الخلع، طلاق» ص٤٠٨؛ وقال في الروضة: «وإن لم يَجُز إلَّا لفظ الخلع فقولان، والجديد: أنه طلاق ينقص العدد، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب» ٧/٣٧٥.

فإن خلعها بعد الدخول على مهرها، إن لم يكن المهر مقبوضًا، يسقط عنه كل المهر، وإن كان المهر مقبوضًا، رَجَعَ عليها بجميع المهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وإن كان قبل الدخول، فإن كان المهر مقبوضًا، وهو ألف، في القياس: يرجع الزوج عليها بألف وخمسمائة، ألف بحكم الخلع، وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول، وفي الاستحسان: لا يرجع عليها إلَّا بألف درهم.

وإن لم يكن المهر مقبوضًا، في القياس: يسقط عنه كل المهر، ويرجع عليها بخمسمائة أخرىٰ، وفي الاستحسان: لا يرجع بشيء.

وجه القياس: أن الصَّداق إذا لم يكن مقبوضًا، استحق الزوج عليها بحكم الشرط: ألف درهم، ولها على الزوج بالطلاق قبل الدخول: خمسمائة، فصارت الخمسمائة قصاصًا بخمسمائة، وبقي عليها للزوج خمسمائة أخرىٰ.

وإن كان الصَّداق مقبوضًا: استحق الزوج عليها بالخلع ألف درهم، وبالطلاق قبل الدخول خمسمائة، فيرجع عليها في القياس بألف وخمسمائة.

وفي الاستحسان: إن خلعها على المهر، والمهر اسم للواجب بالنكاح، والواجب بالنكاح للمرأة في الطلاق قبل الدخول نصف المسمّىٰ: وهو خمسمائة، فإذا لم يكن المهر مقبوضًا، كان لها على الزوج بالنكاح خمسمائة، وعليها للزوج بحكم الخلع مثل ذلك، فيتقاصَّان، فلا يرجع عليها بشيء.

وإن كان المهر مقبوضًا، للزوج عليها بحكم الخلع مهرها: وذلك خمسمائة، وقد كانت قبضت من الزوج خمسمائة أخرىٰ زيادةً على مهرها؛ لأنها قبضت من جهة المهر ألف درهم، فإذا وجب عليها ردُّ المهر، وجب عليها رَدُّ ما كان مقبوضًا من جهة المهر أيضًا، ورجع عليها بجميع ما قبضت، وذلك ألف درهم.

وإن خلعها على بعض مهرها: بأن خالعها على عُشر مهرها، ومهرها ألف درهم، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض، رجع عليها بمائة درهم، وسَلِمَ الباقي لها في قولهم، وإن لم يكن المهر مقبوضًا، سقط عنه كل المهر في قول أبي حنيفة، العُشْر بحكم الشرط، والباقي بمقتضىٰ لفظة الخلع؛ لِمَا يذكر.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يسقط إلَّا عُشر الألف.

إن كان قبل الدخول

وإن كان قبل الدخول، فإن كانت قبضت مهرها، في القياس -وهو قول زفر-: يرجع عليها بستمائة: مائة منها بدل الخلع، وخمسمائة بسبب الطلاق قبل الدخول، وفي الاستحسان: عند أبي حنيفة: يرجع عليها [بخمسين درهمًا][1]؛ لأن ذلك عُشْر مهرها، وبرئت المرأة عن الباقي، ولا يرجع عليها بشيء وإن قبضت المرأة زيادةً على مهرها خمسمائة بجهة المهر، إلَّا أنه لَا يجب عليها ردُّ كل المهر بحكم الشرط، حتى يجب عليها ردُّ ما كان مقبوضًا بجهة المهر، بخلاف ما تقدم.

وعندهما: يرجع عليها بسبب الخلع بعُشْر مهرها، وذلك خمسون، ويرجع عليها بخمسمائة بسبب الطلاق قبل الدخول؛ لأنها قبضت تلك الخمسمائة زيادةً على حقها.

وإن لم يكن مقبوضًا، سقط كل المهر عن الزوج في قول أبي حنيفة: العُشْر بحكم الشرط، وبرئ عن الباقي بحكم الخلع.

وعندهما: سقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، وعُشْر الباقي: وهو خمسون بحكم الشرط، وترجع المرأة عليه بأربعمائة وخمسين.

---

(١) في أ، ب (بخمسمائة درهم)، والمثبت من ج، د.

إن خَالَعَها ولم يذكر العوض

وإن خَالَعَها ولم يذكر العوض، عندهما: لا يبرأ أحدهما عن الآخر عن المال الواجب بالنكاح، وعن أبي حنيفة فيه روايتان: والصحيح: براءة كل واحد منهما عن صاحبه.

ولا يبرأ عن نفقة العدة في قولهم، إلَّا إذا شرط ذلك في الخلع.

وهل يبرأ الزوج عن دين آخر سوىٰ المهر؟ اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة، والصحيح: أنه لا يبرأ. [٩٩/ب]

وإن خالَعَها على مال آخر سوىٰ المهر بعد الدخول بها، فإن كان المهر مقبوضًا، لا يرجع عليها إلَّا ببدل الخلع في قولهم، وإن لم يكن مقبوضًا، رجع عليها ببدل الخلع، وسقط عنه جميع المهر في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يسقط.

وإن كان قبل الدخول، فإن كان المهر مقبوضًا، عند أبي حنيفة: رجع الزوج عليها ببدل الخلع، ولا يسترد شيئًا من المهر، وعندهما: يسترد نصف المهر.

المبارأة بمنزلة الخلع

والمبارأة بمنزلة الخلع في قول أبي حنيفة ومحمد، وأبو يوسف في المبارأة مع أبي حنيفة، وفي الخلع مع محمد.

وجه قول محمد: أن العمل بلفظة الخُلع مُتعذِّر؛ لأنه يُنبئ على الفسخ، والنكاح لا يحتمل الفسخ، فيجعل مجازًا عن الطلاق، والطلاق لا ينبئ عن المبارأة، وكما تعذَّر العمل بلفظة الخلع، تعذَّر بلفظة المبارأة أيضًا؛ ولهذا لو قال لها: أبرأتُكِ عن النكاح، ولم يَنْوِ به الطلاق، لا يقع، فتجعل المبارأة مجازًا عن الطلاق.

وأبو يوسف يقول: الأمر في الخلع كما قال محمد، والمبارأة مفاعلةٌ من البراءة، فيقتضي براءة كل واحد منهما عمّا وقعت البراءة لأجله.

وأبو حنيفة يقول: بأن الخلع يُنبئ عن النزع، يقال: خلعت اللِّجام، وخلعت الخُفَّ، والنكاح وإن كان لا يحتمل الانتزاع، فحقوقه تحتمل ذلك، فوجب أن يرتفع، كما لو [نَصَّا][1] على البراءة عن حقوق النكاح.

وأما الطلاق بمال، فيه روايتان عن أبي حنيفة، والصحيح: أنه لا يوجب البراءة.

وإن كان الخلع بلفظة البيع والشراء، اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة.

وذكر في «المنتقىٰ»: لو قال لها: اخلَعِيْ نفسك، فقالت: خلعتُ نفسي، فقال الزوج: أجزْتُ ذلك، فهو خلعٌ بغير مال.

جئنا إلى مسائل الكتاب:

خلع امرأته على خمر بعينها

(رجل خلع امرأته على خمر بعينها، أو على خنزير بعينه، أو على ميتة، أو دم، فالخلع واقعٌ، ولا شيء عليها).

أما وقوع الطلاق؛ لأن الخلع تعليق الطلاق بقبول المرأة، وقد قبلت.

وأما وقوعه مجانًا، مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ، وقال زفر: يقع الطلاق بالمهر الذي تزوَّجها عليه؛ لأنه سمّىٰ مالاً، وقد تعذَّر التسليم، فيجب المهر، كما لو خالعها على مال مجهول، يلزمها ردُّ المهر، وكذا لو أعتق عبده على خمر أو خنزير، يُعتَق بقيمة نفسه، وكذا لو تزوج امرأةً على خمر أو خنزير، ينعقد بمهر المثل.

---

(١) في أ، ج (مضىٰ)، والمثبت من ب، د.

ولنا: أنه كما تعذَّر إيجاب المسمّىٰ، تعذَّر إيجاب غيره؛ لأن الأصل في المنافع: أنْ لا تتقوم بالمال؛ لفقدان المماثلة، إنما جعلها الشرع متقوَّمةً في النكاح؛ تعظيمًا لأمر البُضْعِ؛ لأنه محل حصول الآدمي، فلا ضرورة إلى جعلها متقوَّمةً عند الخروج عن ملك الزوج، فلا يجب شيء، إلَّا إذا سمّىٰ مالاً متقوَّمًا، بخلاف مسألة العتق؛ لأن العبد مال متقوَّمٌ، فإذا لم [يَسْلم][1] المسمّىٰ لمعنىٰ من جهة الشرع، والمولىٰ لم يرضَ بزواله مجانًا، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض، فكان عليه قيمة نفسه.

رجل خلع ابنته الصغيرة على مال لها

(**رجل خلع ابنته الصغيرة على مال لها، لم يَجُزْ**)؛ لأن ولاية الآباء مقيّدةٌ بشرط النظر، ولا نظر في هذا العقد؛ لأنه قابل مالاً متقوَّمًا بغير متقوَّم: وهو البُضْع؛ لِمَا ذكرنا: أن البُضْعَ حالة الخروج عن ملك الزوج غير متقوَّمٍ، بخلاف ما إذا زوَّج ابنه الصغير امرأةً بمهر المثل، حيث يصح؛ لأنه قابل المتقوَّم بالمتقوَّم؛ لأن البُضْع متقوَّمٌ حالة الدخول.

وقول محمد رحمه الله تعالىٰ في الكتاب: «إذا خلع ابنته الصغيرة بمالها، لم يَجُزْ»، محتملٌ، [يحتمل] أنه لا يقع الطلاق، والصحيح: أن الطلاق واقع، وعدم الجواز ينصرف إلى المال، نصّ عليه في «المنتقىٰ» فقال: لأن لسان الأب كلسانها.

إن خلع امرأته الصغيرة على مهرها

وإن خلع امرأته الصغيرة على مهرها، فقبلت، أو قالت الصغيرة لزوجها: اخلعني على مهري، ففعل، وقع الطلاق بغير بدل، وكذا الأَمَة إذا اختلعت بغير إذن المولىٰ، إلَّا أن الأمة تُؤاخَذ بالبدل بعد العتق؛ لأنها من أهل الالتزام، والمانع حق المولىٰ، وقد زال، والصغيرة لا تُؤاخَذ به أصلاً؛ لأنها ليست من أهل الالتزام، هذا إذا لم يُضِفِ الأب الخلع إلى مال نفسه.

---

(١) في أ (يجب)، والمثبت من ب، د.

فإن أضاف [الخلع] إلى مال نفسه، فقال: اخلعها على ألفي هذه، ففعل، يقع الطلاق، ويجب الألف على الأب.

لو قال: اخلعها على ألف درهم على أنِّي ضامن

وكذا (**لو قال: اخلعها على ألف درهم، على أنِّي ضامن، يقع الطلاق بألف**)، ولم يُرِدْ بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة؛ لأن الزوج لا يستحق مالاً على الصغيرة، فلا تكون كفالةً، لكن تفسير الضمان: التزام الألف ابتداءً، لا بجهة الكفالة، وإيجاب بدل الخلع على الأجنبي جائزٌ، فعلىٰ الأب أولىٰ.

فرق بين هذا وبين ما إذا أعتق عبده على مال على الأجنبي، حيث لا يصح، ويُعتَق مجانًا.

[١٠٠/أ] والفرق: وهو أن الساقط بالإعتاق، مال يقبل التمليك من الغير، فكان العتق على مال على الأجنبي، بمنزلة البيع، والبيع بشرط الثمن على غير المشتري لا يصح، فكذا العتق على مال على الأجنبي، إلَّا أن في الإعتاق إذا بطل ذكر العوض على الأجنبي، بقي إعتاقًا بغير عوض، فيُعتَق مجانًا.

ولو تزوَّج وشرط المهر على غيره، لا يصح الشرط؛ لأن المهر مال يقابل الملك، بمنزلة الثمن، فلا يصح اشتراطه على غيره، وإذا بطل الشرط، بقي نكاحًا بغير مهر عليه، فيلزمه المهر.

أما في البيع، إذا لم يصح ذكر العوض، يبقىٰ بيعًا بلا ثمن، والبيع بلا ثمن فاسد.

أما بدل الخلع، مال يقابل الإسقاط دون التمليك؛ لأن ملك النكاح ملك ضروري، يقبل الإسقاط، ولا يقبل التمليك، ووجوب المال على الأجنبي بمقابلة الإسقاط، جائزٌ، ألا ترىٰ أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم جوَّز قضاء الدين من الأجنبي، وأنه إسقاطُ محض وليس بتمليك؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل، فلما جاز في قضاء الدين، جاز في الخلع.

لو خالع ابنته الصغيرة على صداقها على أنه ضامن

وكذا لو خالع ابنته الصغيرة على صداقها، على أنه ضامنٌ، وَقَع الطلاق، ولا يسقط المهر؛ لِمَا قلنا، ويرجع الزوج على الأب بمثل صَداقها، كأنه قال: خالعها على صداقها، إن أجازت، وإن لم تُجِزْ، فعليَّ مقدار ذلك، فإن كان ذلك قبل الدخول، والمهر ألف، سقط عن الزوج نصف صداقها، وبقي النصف، ثم الزوج يرجع على الأب في القياس: بألف درهم، وفي الاستحسان: يرجع بخمسمائة، وإن كان ذلك بعد الدخول، لا يسقط الصداق عن الزوج، ويرجع الزوج على الأب بألف درهم.

وإن كان المهر شيئًا بعينه والمسألة بحالها، كان لها نصف ذلك[1] الشيء قبل الدخول، [والكل] بعد الدخول، ويرجع الزوج على الأب بقيمة نصفه قبل الدخول، وبقيمة كله بعد الدخول.

وأصل هذا: القياس، والاستحسان، ما ذكرنا في أول الباب.

رجل خالع امرأة ابنه الصغير على مال

رجل خالع امرأة ابنه الصغير على مال، لا يصح، ولا يقع الطلاق؛ لأن الخلع تعليق الطلاق بقبول المرأة؛ ولهذا لا يصح الرجوع عن إيجاب الخلع قبل قبول المرأة؛ اعتبارًا لمعنىٰ التعليق، فلا يصح من الأب، كما لو علَّقه بشرط آخر، وكذا لو أعتق عبد ابنه على مال، لم يصح.

رجل قال لامرأته: أنتِ طالق على ألف فقَبِلَت

(رجل قال لامرأته: أنتِ طالق على ألف، فقَبِلَت، وقع الطلاق ويلزمها الألف، كما لو قال: أنتِ طالق بألف، فقَبِلَت، ولو قال: أنتِ طالق وعليك ألف، فقَبِلَت، وقع الطلاق بغير شيء، [وكذا لو قال لعبده: أنتَ حرٌّ وعليك ألف، فَقَبِل، عُتِق بغير شيء]، وقال أبو يوسف[2] ومحمد: يجب المال في الفصلين).

---

(١) في ج (كان له أن يرجع بنصف قيمة ذلك الشيء).

(٢) وعبارة الجامع (... عتق العبد، وطلقت المرأة للرجعة، ولا شيء عليهما، وقالا: على كل واحد منهما ألف) ص٢١٥.

وعلى هذا الخلاف: لو قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا ولك ألف درهم، فَطَلَّقَها ثلاثًا، عند أبي حنيفة: لا يجب المال، وعندهما: يجب.

ولو زاد الزوج على حرف الجواب فقال: طلقتك ثلاثًا بألف، عند أبي حنيفة: يتوقف على قبولها، فإن قَبِلت تقع الثلاث، ويلزمها الألف، وإن لم تقبل بطل، وعلى قولهما: تقع الثلاث بألف، قَبِلت أم لا.

لهما: أن قولها: «طلقني ولك ألف درهم»، يحتمل الهبة، ويحتمل الرشوة، ويحتمل الإخبار بأن له ألف درهم، ويحتمل العوض أيضًا؛ ولهذا لو قال لغيره: احمل هذا المتاع إلى منزلي ولك درهم، كان استئجارًا بدرهم، واحتمال ما سوىٰ العوض [يبطل] بدلالة الحال؛ لأنها ذكرت المال عقيب سؤال الخلع، فتتعين المعاوضة بدلالة الحال، كما في مسألة [الإجارة].

لأبي حنيفة: أن قولها: «ولك ألف درهم»، محتمل: يحتمل الصلة، ويحتمل المعاوضة، فلا تتعين المعاوضة إلَّا بدليل، ولا دليل هاهنا؛ لأن الطلاق قد يكون بمال، وقد يكون بغير مال، وعادة الكرام [في ذلك] الامتناع عن قبول العوض، وعسىٰ يكره أخذ العوض منها في بعض الوجوه على ما نذكر، ولم يبطل احتمال غير المعاوضة، بخلاف الإجارة، ألا ترىٰ أن في باب الإجارة لو قال للخياط: خِطْ هذا الثوب ولم يذكر العوض، يكون استئجارًا بأجر المثل، وهاهنا إذا لم يذكر العوض، لا يجب.

وذكر في المأذون: إذا قال لعبده: أدِّ إليَّ ألفاً وأنت حرٌّ، يكون مبادلةً.

من المشايخ من قال: هو على هذا الخلاف، ومنهم من قال: هذا قول الكل، وفرَّقوا لأبي حنيفة وقالوا: أخذ المال من العبد عوضًا عن الإعتاق معتادٌ غير مكروه، فيتعين للمعاوضة.

وإن كانت البداءة من [قِبَلِ] الزوج، فقال: أدِّ إليَّ ألفًا وأنتِ طالق، لا تطلق قبل الأداء؛ لأن كلام الزوج والأمر بالأداء، لا يحتمل إلَّا المعاوضة.

ولو قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً على أن لكَ عليَّ ألف درهم، وقد كان طلقها ثنتين، فطلقها واحدة، يلزمها الألف؛ لأنها التزمت المال عوضًا عن الحرمة الغليظة، وقد حصلت الحرمة.

امرأة اختلعت من زوجها على أكثر من مهرها

[١٠٠/ب]

(امرأة اختلعت من زوجها على أكثر من مهرها الذي تزوجها عليه، فإن كان النشوز من قبلها، طاب الفضل للزوج، وإن كان النشوز من قبله، كرهت له ذلك، وجاز في القضاء).

خصَّ الفضل بالكراهة [بالنشوز]، والصحيح: أن النشوز إذا كان من قبله، فالكل مكروه؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا**﴾ الآية [النساء: ٢٠]، وإن كان النشوز من قبلها، طاب له قدر المهر باتفاق الروايات.

وهل يكره الفضل؟ في رواية هذا الكتاب: لا يكره؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ**﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وفي رواية «الأصل»: يكره؛ لِمَا روي أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس، أتت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم وقالت: يا رسول الله، لا أنا ولا ثابت، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أتردين عليه حديقته؟**»، فقالت: نعم وزيادة، قال: «**أما الزيادة فلا**»؛ ولأن اختيار الخلع من الرجال والنساء أمر مكروه، قال عليه الصلاة والسلام في المختلعات: «**هنَّ [المنافقات]، هنَّ المنافقات**»[1]، وقال عليه الصلاة والسلام

---

(١) أخرجه أحمد بلفظ: «المختلعات والمتنزعات، هنَّ المنافقات» ٢/ ٤١٤؛ والترمذي: «المختلعات هن المنافقات» (١١٨٦)؛ ونحوه النسائي (٣٤٦١)؛ وذكره في الكتاب (المعينات)، و(اللعينات) في نسخة، فلم أجدها.

في حق الرجل: «**لعن الله كل ذوَّاق مِطْلاق**»[(١)]، فقلنا: بكراهة الفضل، وجواز ذلك في القضاء؛ ليكون زجرًا لهما عن ذلك.

امرأة قالت لزوجها: طلقني على ما في يدي من الدراهم

(**امرأة قالت لزوجها: طلقني على ما في يدي من الدراهم، أو قالت: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، ففعل، ولم يكن في يدها شيء، كان عليها ثلاثة دراهم**)؛ لأن الإشارة بطلت لعدم المشار إليه، بقي ذكر الدراهم، فيتناول الثلاثة؛ لأنه أدنىٰ الجمع كما في الإقرار والوصية، بخلاف النكاح، وما كان تمليكًا بإزاء تمليك، فإنَّ [ثَمَّةَ] يراعىٰ النظر في الجانبين، ولا [ينصرف][(٢)] إلى الأدنىٰ.

رجل قال لامرأته: طلقتك أمس على ألف درهم، فلم تقبلي

(**رجل قال لامرأته: طلقتك أمس على ألف درهم، فلم تقبلي، فقالت: قبلت، فالقول قول الزوج، وإن قال لغيره: بعتك هذا العبد أمس بألف درهم، فلم تقبل، فقال: قبلت، فالقول قول المشتري**).

والفرق: وهو أن الطلاق بمال تعليق بقبول المرأة؛ ولهذا لا يملك الرجوع قَبْلَ قُبُوْلِ المرأة، والإقرار بالتعليق لا يكون إقرارًا بالشرط، فإذا أنكر الشرط كان القول قوله، أما البيع، معاوضة لا يتم إلَّا بإيجاب وقبول؛ ولهذا يملك الرجوع قَبْلَ قُبُوْلِ المشتري، فكان الإقرار بالبيع إقرارًا بالإيجاب والقبول جميعًا، فإذا أنكر القبول بعد ذلك، كان رجوعًا عمّا أقرّ به، فلا يصحّ، حتى لو قال لها: بعتك طلاقك أمس بألف درهم فلم تقبلي، فقالت: قبلت، كان القول قولها كما في بيع العروض.

---

(١) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح ٦/٣٨٦، من غير إسنادٍ ولا عزوٍ لأحد.

(٢) في أ (ينظر)، والمثبت من ب، د.

وكذا لو قال لعبده: بعتك نفسك بألف درهم، فلم تقبل، وقال العبد: قبلت، كان القول قول العبد، ولو قال: أعتقتك أمس على ألف درهم، فلم تقبل، وقال العبد: قبلت: كان القول قول المولىٰ، وهذا والطلاق سواء.

لو قال: طلقتك أمس وقلت: إن شاء الله

ولو قال: طلقتك أمس وقلت: إن شاء الله، ذكر في إقرار الأصل: أنه لا يقع الطلاق.

وذكر في «المنتقىٰ»: أن على قول أبي يوسف: لا يقع، وعلى قول محمد: يقع، وعليه الفتوىٰ.

ولو قال: طلقتك أمس إن شاء الله، لا يقع.

لو قال: كنت قلت لها: أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله

ولو قال: كنت قلت لها: أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله، وكذَّبته المرأة في الاستثناء، كان القول قول الزوج؛ لأن الكلام المتصل بالاستثناء لا حكم له، فلم يكن إقرارًا بالطلاق، فكان القول قوله، كما لو قال: طلقتك حال ما كنت صبيًّا، أو مُبَرْسَمًا، أو نائمًا، أو مجنونًا، وقد عُرِف بِرْسامه وجنونه قُبِلَ قوله.

لو قال لها: قلت لكِ: إن كلمتِ فلانًا فأنت طالق

وكذا لو قال لها: قلت لكِ: إن كلمتِ فلانًا، فأنت طالق، وقالت: لا بل قلتَ: أنت طالق من غير شرط، كان القول قوله، وإن أقامت البينة: أنه شهد الشهود بخلع أو طلاق، ولم يذكروا الاستثناء، وإن شهدوا أنه طلقها ولم يَسْتَثْنِ، فرّق القاضي بينهما، ولم يقبل قول الزوج في دعوىٰ الاستثناء، وإن قالت الشهود: لم نسمع إلَّا كلمة الخلع، أو الطلاق، كان القول قول الزوج في دعوىٰ الاستثناء، ولا يُفرِّق القاضي بينهما. [هكذا] ذكر في «السِّيرَ الكبير»: وهذه من المسائل التي تقبل الشهادة فيها عند النفي.

قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا على ألف، على أني بالخيار

(رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا على ألف، على أني بالخيار، أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت، فالخيار باطلٌ إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة، فإن ردّت الطلاق في الأيام الثلاثة، بطل الطلاق، وإن أجازت الطلاق، أو لم تَرُدَّ حتى مضت مدة الخيار، فالطلاق واقعٌ، ويلزمها الألف.

وقال أبو يوسف ومحمد: الخيار باطل في الوجهين، والطلاق واقعٌ، والمال لازمٌ)؛ لأن الطلاق بمال: تعليق الطلاق بقبول المرأة، فكان يمينًا معنًى، فلا يصح شرط الخيار فيها، كما لا يصح في غيرها من الأيمان.

ولأبي حنيفة: أن الخلع في جانبها بيعٌ معنًى؛ لأنه تمليك مال بعوض، ولهذا لو كانت البداية من جهتها، فرجعت قبل قبول الزوج، صحّ رجوعها، وكذا لو قامت عن مجلسها قبل قبول الزوج، أو ماتت، بطل ذلك، فيصح شرط الخيار في جانبها، ولا يصح في جانب الزوج؛ لِمَا قالا.

[١٠١/أ] وهذا بخلاف ما إذا شرطا الخيار في النكاح، حيث يصح النكاح، ولا يصح الخيار؛ لأن فائدة الخيار: ثبوت حق الفسخ، وامتناع الحكم بعد تمام الإيجاب لعدم الرضا بالحكم، فلا يصح في عقد ثبت فيه الحكم بدون الرضا، ولا يحتمل الفسخ، وحكم النكاح ثبت بدون الرضا بالحكم؛ ولهذا يصح نكاح الهازل، ولا يحتمل الفسخ بعد التمام؛ ولهذا لو تفاسخا، لا ينفسخ، فلا يصح شرط الخيار فيه.

العقود ثلاثة أقسام

والعقود ثلاثة أقسام: لازمٌ لا يحتمل الفسخ: وهو النكاح، وغيرُ لازم، فلا يليق به الخيار: كالوكالة، ولازمٌ يحتمل الفسخ: وهو البيع والكتابة، وما أشبه ذلك، والخيار ما شرع إلَّا في هذا القسم.

قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا بألف فطلقها واحدة

(امرأة قالت لزوجها : طلقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدةً، تقع واحدة بائنة بثُلُث الألف)؛ لأن حرف الباء يستعمل في المعاوضات، بمقابلة أحد البدلين بالآخر، فيُقسَّم أجزاء البدل على الطلاق، كما لو قال لغيره: بِعْ هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم، فباع الواحد بثُلُث الألف، يجوز، فيكون بمقابلة كل تطليقة ثُلُث الألف.

وإن طلَّقها ثلاثاً متفرقات في مجلس واحد، وهي في العدة، في القياس: تقع الأولىٰ بثُلُث الألف، والباقي بغير شيء، وفي الاستحسان: تقع الثلاث ويلزمها الألف؛ لأن ساعات المجلس جُعِلت كساعة واحدة، بخلاف ما لو قال: أنت طالق ثلاثًا إن شئت، فقالت: شئتُ واحدةً، وواحدةً، وواحدةً، تقع الثلاث، ولو قالت: شئتُ واحدةً، وسكتت، ثم قالت: وواحدة، حيث لا تقع؛ لأن ثَمَّةَ علّق الطلاق بمشيئتها الثلاث، ومشيئة الواحدة لا تكون مشيئة الثلاث، بل تكون إعراضًا.

بخلاف ما إذا شاءت على وجه التتابع؛ لأن الجملة بحكم الوصل، صارت بمنزلة كلام واحد، أما هاهنا، كلام المرأة معاوضةٌ، وكلام الرجل جوابًا للمعاوضة، وفي المعاوضات جعلت الكلمات المقطوعات في مجلس واحد بمنزلة كلام واحد.

لو قالت: طلقني ثلاثًا على ألف فطلقها واحدة

(ولو قالت : طلقني ثلاثًا على ألف، فطلقها واحدةً، تقع واحدة رجعية بغير شيء، وقال أبو يوسف ومحمد : تقع بائنة بثُلُث الألف).

لهما: أن كلمة «على» وإن كانت تستعمل في الشرط، فقد تعذَّر حملها على الشرط؛ لأنها دخلت على تمليك المال، وتمليك المال لا يقبل التعليق، فجُعِلت مجازًا عن حرف الباء، كما لو قال: بعتك على كذا، أو آجَرتك على كذا؛ ولهذا لو خاطب المرأتان الرَّجُلَ فقالتا: طلِّقنا على ألف، فطلق واحدة منهما، يقع بنصف الألف.

ولأبي حنيفة: أن كلمة «على» للشرط؛ لأنها للتعقيب، والتعقيب في الشرط لا في المعاوضة؛ لأن الجزاء يعقب الشرط، أما العوض يقارن المعوَّض، ولهذا يقال: زُرْتُك على أن تزورني، أي: بشرط أن تزورني، ويقال: بِعْتُك على أني بالخيار، ولا يقال: بعتك بأني بالخيار، والعمل بحقيقته في الخلع ممكن؛ لأن تعليق بدل الطلاق بالشرط جائزٌ تبعًا للطلاق، إذ البدل تبعٌ للمبدَّل كالثمن يكون تبعًا للمثمّن، ولهذا يتحمل الجهالة في بدل الخلع.

والدليل عليه: مسألة ذكرها في «السِّيَرِ الكبير»: الإمام إذا أمّن قومًا من الكفار ثلاث سنين بألف دينار، ثم بدا للإمام أن ينبذ الأمان بعد سنة، ردَّ عليهم ثُلُثي الدنانير، ولو أمّن على ألف دينار، رَدَّ الكل.

وأما مسألة طلاق الضرّتين، قلنا ثَمَّة: تعذَّر العمل بالشرط؛ لأن ما لا يفيد من الشرط لا يعتبر، ولا فائدة لها في طلاقها وطلاق ضَرَّتِها، بل فائدتها في أن لا يُطلِّقها وتطلق ضرتها، فإذا تعذر العمل بالشرط، جعل مجازًا عن الباء.

لو قال لها: أنت طالق ثلاثًا إذا أعطيتني ألفًا

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثًا إذا أعطيتني ألفًا، [أو متىٰ أعطيتني ألفًا] فقبلت: لا يقع الطلاق قبل الإعطاء، وإذا وجد الإعطاء، يقع وإن لم يكن في [ذلك] المجلس.

لو قال لها: إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق

ولو قال لها: إن أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، يتعلق الطلاق بالإعطاء في المجلس؛ لأن قوله: إن أعطيتني ألفًا، تعليقٌ [صورةً]، معاوضةٌ معنًى، وفي المعاوضات يشترط الجواب في المجلس، والتعليق لا يقتضي وجود الشرط في المجلس، فعملنا بشبه التمليك في حق الاقتصار على المجلس، وعملنا بشبه التعليق، حتى لا يقع الطلاق قبل الإعطاء؛ عملاً بهما.

أما كلمة «متى» للوقت لغةً، كأنه قال: متى أعطيتني ألفًا، فأنت طالق في أيِّ وقت أعطيتني، ولو صرّح بذلك، لا يقتصر على المجلس؛ لِمَا فيه من إلغاء الوقت أصلاً، فلا يقتصر، وكذا قوله: إذا أعطيتني.

أما عندهما: فلأن كلمة «إذا» للوقت، وعند أبي حنيفة: كما تستعمل للشرط، تستعمل للوقت أيضًا، والطلاق قد تعلق بالإعطاء، فلا يبطل بالقيام عن المجلس.

لو قال لها: اخلعي نفسك: على ثلاثة أوجه:

[ولو قال لها: اخلعي نفسك، هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إمَّا أن ذكر مالاً غير مقدَّرٍ، بأن] قال: اخلعي نفسك بمال، أو اخلعي نفسك بما شئت، أو ذكر مالاً مقدَّرًا بأن قال: اخلعي نفسك بألف درهم، أو قال: اخلعي نفسك، ولم يَزِدْ عليه: [١٠١/ب]

ففي الوجه الأول: إذا قالت: اختلعت، لا يقع الطلاق؛ لأن البدل إذا لم يكن مقدَّرًا، لو صحّ هذا الأمر يصير الواحد مستزيدًا ومستنقصًا في عقد واحد، وذلك محال، ولا وجه لوقوع الطلاق مجانًا؛ لأنه لمّا ذكر البدل، لم يكن راضيًا بوقوع الطلاق من غير بدل(١).

وفي الوجه الثاني: وهو إذا ما قدَّر البدل فقالت: اختلعت، ذكر في الوكالة: أنه يَتِمُّ الخلع؛ لأن البدل إذا كان مقدَّرًا، لا يحتاج فيه إلى الزيادة والنقصان، وحقوق العقد لا ترجع إلى الوكيل بالخلع، حتى لا يملك قبض البدل، فلا يُؤدِّي إلى التضاد، وذكر في كتاب الطلاق: أنه لا يَتِمُّ هذا الخلع؛ لأن البدل إذا كان مقدَّرًا، فإن لم يملك النقصان، يملك الزيادة، فيُؤدِّي إلى التضاد.

---

(١) في د (بغير عوض).

وفي الوجه الثالث: وهو ما إذا لم يذكر البدل، فقالت: اختلعت، ذكر الشيخ الإمام المعروف بخواهرزاده: أنه يقع طلاق بائن، ولا يكون خلعًا؛ لأنه إذا لم يذكر البدل، صار كأنه قال لها: طلقي نفسك طلاقًا بائنًا، وقالت: طلقت.

وذكر في «المنتقىٰ»: لو قال لامرأته: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت نفسي، لا يَصِحُّ، ولا يكون خلعًا إلَّا على مال، إلَّا أن ينوي الزوج بغير مال، وكذا لو قال لغيره: اخلع امرأتي، ليس له أن يخلعها إلَّا بمال، وذكر ابن سماعة عن محمد: أنه يكون طلاقًا بائنًا بلا مال، فما ذكره الشيخ الإمام الزاهد: رواية ابن سماعة عن محمد.

وهذا يُشْكِلُ بما ذكر الشيخ الإمام الزاهد هذا في كتاب الإقرار: إذا قال لها: خالعتك، فقالت: قبلت، فإن كان عليه مهر، برئ، وإن لم يكن، كان عليها ردُّ ما ساق إليها من الصَّداق.

ويشكل أيضًا بما إذا قال لأجنبي: اخلع امرأتي، فخلعها بغير عوض، لا يقع، ولا يجعل كأنه قال له: طلق امرأتي.

والجواب عنه أن يقول: بأن الخلع في العُرْف: طلاقٌ بعوض، إلَّا أن في حق المرأة إذا لم يذكر العوض، تعذَّر حمله على التوكيل بالخلع؛ لأنه لو حمل على ذلك، والمال غير مذكور، يصير كأنه قال لها: اخلعي نفسك بمال، وهو الوجه الأول، فيبطل الكلام، فجعل مجازًا عن قوله: طلقي نفسك؛ صيانةً لكلامه عن الإلغاء.

أما في حق الأجنبي، لو حمل على التوكيل [بالخلع] بأي بدل شاء، صحّ ذلك؛ لأن العقد لا يتم به وحده، بل يكون بالوكيل والمرأة جميعًا، فلا يصير الواحد مستزيدًا ومستنقصًا، وإذا أمكن حمله على التوكيل بالخلع، فلا يجعل مجازًا عن قوله: طلق امرأتي.

ثم على رواية ابن سماعة: لو قال لها: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت نفسي بألف، لا يتم ما لم يقبل الزوج؛ لأنَّه فوّض إليها التنجيز، وقد أتت بالتعليق؛ لأن الطلاق بمال تعليق الطلاق بالمال.

وعلى هذا، الوكيل بالطلاق إذا خالع، لا يقع الطلاق عند البعض، وإن كان قبل الدخول؛ لأنه فوَّض إليه التنجيز دون التعليق، فاختلف جنس التصرف.

امرأة اختلعت على عبد آبق لها

(امرأة اختلعت على عبد آبق لها، على أنها بريئةٌ من ضمانه، لم تبرأ، وعليها أن تأتي بالعبد، أو بقيمته)؛ لأن الخلع معاوضةٌ في جانبها، والمعاوضة تقتضي سلامة المعوَّض، ووجوب التسليم، فإذا شرطت البراءة عن التسليم، فقد شرطت شرطًا فاسدًا، والخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، فيصح الخلع، ويبطل الشرط، فكان عليها أن تأتي بالعبد، أو بقيمته.

❊❊❊

بَابُ الإِيْلَاءِ

رجل قال لامرأته: والله لا أقربك شهرين، وشهرين

(رجل قال لامرأته : والله لا أقربك شهرين، وشهرين بعد هذين الشهرين)، أو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين، **(كان مُوْلِيًا، ولو قال : والله لا أقربك شهرين ومكث يومًا ثم قال : والله لا أقربك شهرين [بعد الشهرين الأَوَّلَيْن]**[1]**، لم يكن مُوْلِيًا)**.

أما في الفصلين الأَوَّلَيْن؛ فلأنه عطف الشهرين على الشهرين الأَوَّلَيْن، ولم يُعِد كلمة النفي في المرة الثانية، والجمع بحرف الجمع، كالجمع بلفظ الجمع، فصار كأنه قال: والله لا أقربك أربعة أشهر؛ ولهذا لو قال لغيره: بِعتُ منك هذا العبد بألف درهم إلى شهر وشهر، كان بيعًا إلى شهرين.

والدليل عليه: ما ذكر في «الجامع»: إذا قال: والله لا أكلِّمك يومًا ويومين، كان يمينًا إلى ثلاثة أيام.

أما إذا قال: والله لا أقربك شهرين، ومكث يومًا ثم قال: والله لا أقربك شهرين، أو قال: والله لا أقربك شهرين، ومكث يومًا ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين، لم يكن موليًا؛ لأن كل كلام يمين على حدة، ولم يذكر مدة الإيلاء في كل يمين؛ لأن مدة إيلاء الحرة: أربعة أشهر، فلا يكون موليًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من نسختي الجامع الصغير، ص٢١٩، وسيأتي في الشرح ضِمْنًا.

فإن قربها في الفصلين الأولين: عليه كفارة واحدة؛ لأنه لم يذكر اسم الله تعالىٰ إلَّا مرَّة واحدة، [فكانت] يمينًا واحدةً، وفي الفصلين الآخرين: إن قربها، تلزمه كفَّارتين؛ لأنه ذكر اسم الله تعالىٰ مرَّتين، وإذا تعدَّدت اليمين، تعدَّدت الكفَّارة. [١٠٢/أ]

لو قال: والله لا أقربك سنة إلَّا يومًا

(ولو قال: **والله لا أقربك سَنَةً إلَّا يومًا، لم يكن مُوْلِيًا**) في الحال عندنا، وعلى قول زفر: يكون موليًا، وينصرف الاستثناء إلى آخر السنة، كما لو آجر داره سنة إلَّا يومًا، ينصرف إلى آخر السنة.

ولنا: أن المُوْلِي: من لا يمكنه قربان امرأته قبل مُضِيِّ أربعة أشهر إلَّا بحِنْثٍ[١] يلزمه، فإذا [استثنىٰ][٢] يومًا منكَّرًا، كان التعيين إليه، فكان له أن يقربها في أي يوم شاء من غير شيء يلزمه، فلا يكون موليًا، بخلاف الإجارة؛ لأن ثمّة لو لم ينصرف الاستثناء إلى آخر السنة، كانت المدة مجهولة، فيفسد العقد، فصرفنا الاستثناء إلى آخر السنة تصحيحًا للعقد، فإن قربها، إن بقي بعد القربان إلى تمام السنة أربعة أشهر، يكون موليًا؛ لأنه إذا قربها مرّةً واستوفىٰ الاستثناء، لا يمكنه قربانها بعد ذلك إلَّا بشيء يلزمه، فيصير موليًا.

إذا قال لأجنبية: والله لا أقربك، أو قال: أنت عليَّ كظهر أمي

(**إذا قال لأجنبية: والله لا أقربك، أو قال: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم تزوجها، لم يكن مُوْلِيًا ولا مُظَاهِرًا**)؛ لأنَّ الإيلاء إنما صار طلاقًا في النساء المضاف إلينا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وكذلك الظهار إنما صار مُحَرِّمًا في النساء المضاف إلينا، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣]، فلا يثبت في حق الأجنبية، والمعنىٰ [فيه: أنَّ الإِيْلَاء] إنما صار طلاقًا؛ دفعًا للظلم يمنع حقها في القربان، فلا يتحقق في

---

(١) في د (بجزاء).

(٢) في أ، ج (انقضىٰ)، والمثبت من ب، د.

حق الأجنبية، وكذلك الظهار، إنما صار تحريمًا؛ [جزاءً] لكذبه بتشبيه المحللة بالمحرمة، فلا يتحقق في حق الأجنبية، فإن قربها مع ذلك في الفصل الأول، كان عليه الكفارة؛ لأن اليمين انعقدت في حق الكفَّارة، وإن لم ينعقد إيلاء.

قال وهو بالبصرة: والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها

(**رجل قال وهو بالبصرة: والله لا أدخل الكوفة، وامرأته بها، لم يكن مُوْليًا**)؛ لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه، بأن يخرجها من الكوفة ويقربها.

رجل آلى من امرأته وهو مريض لا يقدر على الجماع

(**رجل آلىٰ من امرأته وهو مريض لا يقدر على الجماع، أو كانت المرأة رَتْقَاء، أو صغيرة لا تجامع مثلها، أو يكون بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر، ففيه أن يقول بلسانه: فِئْتُ إليها**)، وإن فاء بلسانه وكان على تلك الحالة، حتى مضت أربعة أشهر، ففيئه ماضٍ، وسقط الإيلاء، (**وإن قدر على الجماع في الأربعة الأشهر، بطل فيئه، ولم يكن الفيء إلَّا بالجماع**)، حتى لو لم يقربها قبل تمام أربعة أشهر، بانت بتطليقة، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا فيء إلَّا بالجماع[1]، وهو مذهب الطحاوي؛ لأن الفيء باللسان ليس بحِنْثٍ، ولو كان فَيْئًا، لكان حنثًا.

ولنا: ما روي عَنْ عَلِيٍّ، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: «فيئ المريض باللسان»؛ ولأن الإيلاء إنما صار طلاقًا دفعًا للظلم، فيشترط إزالة الظلم في الجملة، إذا كان قادرًا على الجماع، كان ظالمًا بمنع حقها في الجماع، فكان دفعًا للظلم بالجماع، أما العاجز عن الجماع، إنما صار ظالِمًا بذكر المنع باللسان، فكان إزالة الظلم بإبطال ذلك المنع باللسان، فإذا قدر على الجماع، صار ظالمًا بمنع الْفِعل، فلا يكون الفيء إلَّا بالجماع، فإذا بقي العجز حتى تمت المدة، مضىٰ بحكم الخلف، فلا يبطل بعد ذلك. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) انظر: المهذب ٤٠١/٤؛ المنهاج ص٤٣٤.

بَابُ
الظِّهَارِ

قال لامرأته: أنتِ عَلَيَّ كظهر أمي

(رجل قال لامرأته: أنتِ عَلَيَّ كظهر أمي، لم يكن إلَّا ظِهارًا)؛ لأنه صريحٌ في الظهار: وهو تشبيه المُحَلَّلَةِ [بالمُحَرَّمَةِ] بظهر الأم، وحكم الظهار منصوصٌ في كتاب الله تعالىٰ[1]، فلا يحتمل غير ذلك.

لو قال: أنت عَلَيَّ كفرج أمي

(وكذا لو قال: أنت عَلَيَّ كفرج أمي، ولا نية له، يكون ظهارًا)؛ لأن الأول إنما كان ظهارًا؛ لكونه منكرًا من القول بتشبيه المحلَّلة بالمحرَّمة بظهر الأم، والتشبيه بالفرج في كونه منكرًا فوق[2] الأوَّل؛ لأن حرمة الفرج أشدُّ، فكان أولىٰ بالظهار.

لو قال: أنت علي كأمي أو مثل أمي

(ولو قال: أنت علي كأمي، أو مثل أمي)، إن نوىٰ البِرَّ والكرامة لا يلزمه شيء، (وإن نوىٰ الظهار يكون ظهارًا)؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله.

أما إذا نوىٰ البِرَّ والكرامة؛ فلأنه قد يريد بهذا إظهار اللُّطف [والشَّفَقَة] والكَرَامة.

---

(١) لقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [المجادلة: ٢، ٣].

(٢) في ب (أقوىٰ).

وأما إذا نوىٰ الظهار؛ فلأن فيه تشبيهًا بظهر الأم وزيادةً.

وإن لم ينو شيئًا، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يلزمه شيء، ورویٰ بشر عن أبي يوسف: أنه إيلاءٌ؛ لأنه شَبَّهَهَا بالحرام، فصار كأنه قال لها: أنتِ عَلَيَّ حرام، ولم يَنْوِ شيئًا، وعنه في رواية: أنه ظهار، وهو قول محمد.

وجه هذه الرواية: أنه لو شَبَّهَهَا بعضو من أعضاء الأم، يكون ظهارًا، فإذا شبَّهها بالأم كان أَوْلَىٰ.

وجه قول أبي حنيفة: أن هذا الكلام يحتمل البِرَّ والكرامة، فلا تثبت الحرمة من غير دليل؛ ولأنه لو حمل على البِرِّ والكرامة كان محسنًا، ولو حمل على الظهار كان مسيئًا، فيحمل على الكرامة.

وإن نوىٰ به التحريم، ذكر في بعض النسخ: أنه إيلاءٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والأصح: أنه ظهار عند الكل؛ لأن التحريم المؤكَّد بالتشبيه: [١٠٢/ب] ظهارٌ.

(**ولو قال: أنت عليّ كأمي، فإن نوىٰ الطلاق يكون طلاقًا، كما لو قال: أنت عليّ حرام، ونوىٰ به الطلاق، يكون طلاقًا**)؛ لأن الحرمة كما تكون بغير الطلاق، تكون بالطلاق، وإن نوىٰ الظهار يكون ظهارًا؛ لأنه شَبَّهَهَا بالأُمِّ وصرَّح بالحُرْمة، والتَّشبيه بالأم يحتمل الظهار، (**وإن نوىٰ الإيلاء يكون إيلاءً**)؛ لأن في قوله: «أنتِ عَلَيَّ حرام»، يحتمل حرمة الإيلاء، وإن لم يَنْوِ شيئًا يكون ظهارًا، وهو قول محمد، وروىٰ بشر عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه إيلاءٌ، وعن أبي حنيفة في رواية: «أنه ظهَارٌ»، كما هو قول محمد، قال الجصاص: هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة.

وجه قول محمد: أن قوله: أنتِ عَلَيَّ حرام، وإن كان يحتمل حرمة الإيلاء والظهار، فإذا شبَّهها بالأم تعينت حرمة الظهار؛ لأن التشبيه بالأم سببٌ لحرمة الظهار، لا لحرمة الإيلاء.

وجه رواية بشر عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لو اقتصر على قوله: أنت علي حرام، كان إيلاءً، فلا يتغير ذلك بالتشبيه.

لو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ولم ينو شيئًا

(ولو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ولم يَنْوِ شيئًا، يكون ظهارًا عند الكُلِّ)؛ لِمَا ذكرنا، **(وإن نوى الطلاق أو الإيلاء، لم يكن إلَّا ظهارًا في قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: هو على ما نوىٰ)**.

لهما: أن قوله: أنتِ عَلَيَّ حرام يحتمل الكل، فأي شيء نوىٰ فقد نوىٰ ما يحتمله لفظه.

ولأبي حنيفة: أن التشبيه بظهر الأم صريحٌ في الظهار، ولهذا إذا لم يكن له نيّة، كان ظهاراً، والصريح لا يتغير [بالنية].

ثم عندهما: إذا صحّت نية الطلاق، عند محمد يكون طلاقًا، ولا يكون ظهارًا، والتَّشبيه بالأم لتأكيد تلك الحرمة، وعند أبي يوسف: يكون طلاقًا وظهارًا؛ لأنه ذكر التحريم، وشَبَّهَهَا بالأم، فيقع الطلاق بلفظ التحريم، ويصير مظاهرًا بالتشبيه، ولا منافاة بينهما، ومن طلّق ثم ظاهر، أو ظاهر ثم طلق، يَصِحُّ، كذلك هاهنا.

رجل ظاهر من أمته

(رجل ظاهر من أمته، لا يكون مظاهرًا)، أراد به: أنه لا يحرم وطؤها عليه؛ لأن آية الظهار وردت في النساء المضاف إلينا، والأمة ليست من النساء، ولا في معناها؛ لأن حل الوطء في النكاح مقصود، وفي ملك اليمين تبع، فلم يكن تشبيه الأَمَة في كونه منكرًا مثل تشبيه الزوجة، فالنص الوارد ثَمَّةَ لا يكون واردًا هاهنا.

قال لغيره: أطعم عني عن ظهاري، ففعل

(**إذا قال لغيره: أطعم عني عن ظهاري، ففعل، أجزأه**)؛ لأن الفقير يصير نائبًا عن الآمر في القبض أولاً، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم الكفارة، وكانت الكفارة بِمال الآمر، ولا يكون للمأمور أن يرجع على الآمر في ظاهر الرواية؛ لأنه يحتمل القرض، ويحتمل الهبة، فلا يرجع بالشك، وعن أبي يوسف: له أن يرجع؛ لأنه يحتمل القرض ويحتمل الهبة، والقرض أدناهما ضررًا، فيُحمل عليه.

ولو قال لغيره: أعتق عبدك عني عن ظهاري، ففعل، لا تسقط الكفارة عن الآمر؛ لأن طلب التمليك مقتضىٰ طلب الإعتاق عنه، ولم يذكر العوض، فكان استيهابًا، والهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والقبض لم يوجد، لا من الآمر، ولا من نائبه، أما من الآمر فظاهر، وأما من نائبه؛ فلأن العبد لا يصلح نائبًا عن الموهوب له في قبض نفسه حال وقوع الهبة؛ لأن العبد قبل الإعتاق في يد الواهب، والواهب لا يصلح نائبًا عن الآمر في القبض، فكذلك العبد، وبعدما عتق لا تبقىٰ الهبة، فلا يقع العتق عن الآمر، ويُحمَل على طلب الثواب، كأنه قال: أعتق عبدك واجعل ثواب العتق لي.

رجل أعتق عبده عن ظهار عن امرأتين

(**رجل أعتق عبده عن ظهار عن امرأتين، لا يجزئه عن الظهارين، ويجزئه أن يجعله عن أحدهما**)، وقال زفر: لا يجزئه؛ لأنه لمّا أعتق عن الظهارين، فقد أعتق عن كل واحد منهما نصفه، ونصف العبد لا يكفي عن الظهار، فبطلت نية الظهار، فلا يجزئه أن يجعله عن أحدهما، (**كما لو أعتق عن ظهَار وقتل، لا يجزئه أن يجعله عن أحدهما**).

ولنا: أنه نوىٰ التعيين في الجنس الواحد، ونية التعيين في الجنس الواحد لغوٌ؛ لأنه غير محتاج إليه، فصار كأنه قال: أعتقت عن الظهار، فله أن يجعله عن أحدهما، كمن عليه قضاء أيام من رمضان، كان عليه نية القضاء، وليس عليه تعيين اليوم، كذلك هاهنا.

وأما إذا أعتق عن ظهار وقتل، عند الشافعي: يجزئه أن يجعله عن أحدهما[1]؛ لأن عنده الكفارات كلها جنس واحد.

وعندنا: لا يجوز؛ لأن السبب مختلف، واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم، ونية التعيين في الجنس المختلف صحيحة.

(أو نقول: نوىٰ شيئين: الظِّهار والجمع، ونية الجمع لا يمكن تصحيحها، فتبطل)، بقي إعتاق الكل بنية الظِّهار، فكان له أن يجعله عن أحدهما، كما لو أعتق عن ظهار ولم يُعيِّن، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن ثمّة لم يوجد إعتاق الكل، لا عن القتل، ولا عن غيره، فلا يجوز. [١٠٣/أ]

إن أعتق نصف عبده عن ظهاره

(وإن أعتق نصف عبده عن ظهاره، ثم أعتق النصف الباقي عن ذلك الظهار، أجزأه).

(ولو أعتق نصف عبد بينه وبين غيره، وهو مُوسِرٌ، فضمَّنه صاحبه نصف القيمة، فأعتق النصف عن ذلك الظهار، لم يجزه)؛ لأنه حين أعتق النصف الأول، تمكن النقصان في نصيب الشريك، حتى خرج من أن يكون محلاً للبيع، وتعذر أن يجعل قدر النقصان مصروفًا إلى الكفارة؛ لأن قدر النقصان ما كان ملكًا للمُعتِق، فإذا أعتق النصف الباقي عن الظهار، صار مُعتقًا عن ظهاره عبدًا إلَّا شيئًا: وهو قدر النقصان، فلا يجوز، بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن ثَمَّةَ [كُلَّ] العبد كان ملكًا للمعتق وقت إعتاق النصف الأول، فأمكن أن يجعل قدر النقصان مصروفًا إلى الكفارة، وهو قول أبي حنيفة؛ لأن عنده إعتاق النصف لا يكون إعتاقًا للكل، فيتصوّر التكفير بكلامين.

---

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٥/٥٠٠.

أما على قول أبي يوسف ومحمد: إعتاق النصف، إعتاق الكل، فيجزئه في الفصلين.

إن أطعم عن ظهارين ستين مسكينًا في كل يوم مسكينًا

(**وإن أطعم عن ظهارين ستين مسكينًا، في كل يوم مسكينًا، صاعًا؛ لا يجزئه إلَّا عن ظهار واحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجزئه عنهما**)؛ لأنه أدّى قدر الكفارتين إلى ما هو محلٌّ لصرف الكفارتين، فإنه يجوز، (**كما لو أطعم ذلك عن إفطار وظهار، فإنه يجوز عندنا**)، وكما لو أدَّىٰ على التعاقب.

ولهما: أن نية التعيين والجمع في الجنس الواحد لغو؛ لأن في الجنس الواحد لا يختلف الغرض، فلا يحتاج إلى التمييز، وإذا بطلت نية الجمع والتعيين، تعينت نية الظهار، والمؤدىٰ يصلح كفارةً واحدةً؛ لأنَّ تقدير الشرع بنصف صاع من الحنطة، كان لمنع النقصان، لا لمنع الزيادة.

أو تقول: المؤدىٰ لمَّا صلح كفارةً واحدةً، كما يصلح كفارتين، لا تسقط الكفارة الثانية بالشك والاحتمال، بخلاف الجنس المختلف.

لو أطعم مسكينًا واحدًا ستِّين يومًا

ولو أطعم مسكينًا واحدًا ستِّين يومًا، كل يوم نصف صاع، يجوز عندنا، وتقوم عدد الأيام مقام عدد المساكين، وعند الشافعي: لا يجوز[1].

ولو أطعم مسكينًا بدفعات في يوم واحد، اختلف المشايخ فيه.

❖❖❖

(١) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٥/٥٦٧.

بَابُ
طَلَاقِ المَرِيْضِ

مريض طلّق امرأته ثلاثًا بأمرها

(مريض طلَّق امرأته ثلاثًا بأمرها، أو قال لها: اختاري، فاختارت نفسها، أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة، لم ترثه)؛ لأن القول بإبقاء الزوجيَّة في حق الميراث بعد وجود المبطل، [أمر] ضروري، صرنا إليه دفعًا للظلم عنها، ولا ضرورة إذا رضيت، بمنزلة المريض إذا تبرع بماله وأجازت الورثة.

لو قالت: طلقني رجعية فطلقها ثلاثًا ثم مات

(ولو قالت: طلقني رجعية، فطلقها ثلاثًا ثم مات، وهي في العدة، ورثت)؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الميراث، فلم تكن راضية ببطلان حقها.

لو قال لها في مرضه: كنت طلقتك ثلاثًا في صحّتي

(ولو قال لها في مرضه: كنت طلقتك ثلاثًا في صحّتي، وانقضت عدتك، وصدقته المرأة، ثم أَقَرَّ لها بدين، أو أوصىٰ لها بوصية بثلث ماله أو أقل من ذلك، فلها الأقل من ذلك ومن الميراث، وقال أبو يوسف ومحمد: إقراره جائز، ووصيته نافذة)؛ لأن الطلاق وانقضاء العدة ثبت بتصادقهما، فصارت أجنبية.

ولأبي حنيفة: أنه لَمَّا مَرِضَ مَرَضَ الموت، صار ممنوعًا عن الإقرار والوصية حقًّا للورثة، فإذا أقر بالطلاق وانقضاء العدة، تمكنت التهمة في هذا الإقرار والوصية؛ لاحتمال أنهما تصادقا على ذلك فتحًا لباب الإقرار والوصية، فلا يصح إقرارهما في حق الورثة، ويعطىٰ لها الأقل من الميراث ومما أوصىٰ أو أقرَّ؛ لأنَّه لا تهمة في الأقلِّ.

إن طلقها في مرضه ثلاثًا بأمرها ثم أَقَرَّ لها بدين

(وإن طلقها في مرضه ثلاثًا بأمرها، ثم أَقَرَّ لها بدين، أو أوصىٰ لها بوصية، فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم)، وقال زفر: إقراره ووصيته جائزة؛ لأن المانع من الإقرار والوصية، كونها وارثة، وقد زال ذلك حيث طلقها بسؤالها.

ولأبي حنيفة: ما ذكرنا في الفصل الأول، وهما فرّقا بين هذه المسألة، وبين المسألة الأولىٰ.

ووجه الفرق: أن المانع من الإقرار والوصية: النكاح؛ لأنه سبب التهمة، وفي الفصل الأول زال المانع من كل وجه، حتى حلت للأزواج، وهاهنا المانع قائم من وجه؛ [لبقاء العِدَّةِ]، فلا يصح الإقرار والوصية، فلا يعطىٰ لها أكثر من الميراث.

المحصور إذا طلق امرأته ثلاثًا، ثم مات

(المحصور إذا طلق امرأته ثلاثًا، ثم مات، لم ترث، وكذا إذا كان في صف القتال، طلّق امرأته ثلاثًا، ثم مات وهي في العدة، لم ترث).

وأصل هذا: أن امرأة الفار ترث استحسانًا عندنا؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وروي أن عبد الرحمن بن عوف طلّق امرأته تماضر في مرض موته، فورّثها عثمان رضي الله عنه[1]، وهكذا روي عن عمر، وعَلِيٍّ، وابن مسعود، وعمار بن ياسر رضي الله عنهم[2]، ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك؛ ولأنه تعلق حقها بماله، فكان الطلاق إبطالاً لحقها، فاعتبر عدما في حق المرأة، وحق المرأة لا يتعلق بماله في كل مرض؛ لأن الآدمي قَلَّ ما يخلو عن ذلك، [١٠٣/ب]

---

(١) «أن عبد الرحمن بن عوف طلَّق زوجته ثلاث تطليقات في كلمة واحدة، فلم يعب أحد من أصحابه»، هذا ما ذكره الدارقطني في روايته ٤/١٢؛ وذكر الزرقاني في شرحه، كما ذكرها المؤلِّف، من غير إسناد ولا عزو. شرح الزرقاني ٣/٢٥٢.

(٢) انظر الروايات: بالسنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/٣٦٣.

وإنما يتعلق حقها بماله إذا انعقد سبب الهلاك في حقه: بأن أضناه المرض، ويصير صاحب فراش، عاجزًا عن حوائجه، أو ما يكون في معنىٰ المرض؛ لأنه إذا صار بهذه الصفة، صار في معنىٰ الميت[1].

إذا صار المريض صاحب فراش، وطلّق امرأته ثلاثًا، ومات

إذا عرفنا هذا، فنقول: إذا صار المريض صاحب فراش: وهو الذي لا يقوم بحوائجه إلَّا بكلفة ومشقة، وكان الغالب من حاله الهلاك، فإذا طلق امرأته ثلاثًا، أو بائنًا، وقد مات من ذلك المرض، أو بسبب آخر، أو قتل وهي في العدة، ورثت.

أما المحصور، والمحبوس بقصاص أو رجم، والذي في صف القتال، إذا طلق امرأته لا يكون فارًّا؛ لأنه ليس الغالب من حاله الهلاك.

إن قُدّم ليقتل في القصاص أو رجم، فطلّق

(وإن قُدِّم ليقتل في القصاص أو رجم، فطلَّق، كان فارًّا؛ لأن الغالب من حاله الهلاك، وكذا إذا بارز رجلاً فطلق، كان فارًّا)، وكذا إذا كان في مَسْبَعَةٍ فطلق، لا يكون فارًا، وإن وقع في فَمِ سَبُعٍ فَطَلَّقَ، يكون فارًا.

وكذا راكب السفينة إذا طلق، لا يكون فارًا، وإن هاجت الأمواج وكُسِرَت السفينة وبقي على لوح، وطلّق، يكون فارًا.

المُقْعَد والمَفْلُوج بفَالِجٍ قديم إذا طلق

والمُقْعَدُ والمَفْلُوجُ بفَالِجٍ قديمٍ إذا طلَّق، كان بمنزلة الصحيح؛ لأنه قد تطول حياته معه، فلا يتعلق حقها بماله، واختلف فيه مشايخ بلخ: قال محمد بن سلمة: إن كان لا يرجىٰ برؤه بالتداوي، فهو بمنزلة المريض، وإن كان يرجىٰ برؤه بالتداوي، فهو بمنزلة الصحيح، وقال الفقيه أبو جعفر: إن كان يزداد أبدًا، فهو بمنزلة المريض، وإن كان يزداد مرة ويقل أخرىٰ، ينظر: إن مات بعد ذلك بسنة، فهو بمنزلة الصحيح، وإن مات قبل سنة، فهو بمنزلة المريض.

---

(١) في ج (السبب).

والمريض الذي لا يقوم بحوائجه خارج البيت، وهو يقوم بحوائجه في البيت، من المشي إلى الخلاء، والتوضيء بنفسه، وغير ذلك، اختلفوا فيه: قال مشايخ بلخ: إذا كان يقدر على القيام بحوائجه في البيت، لا يكون مريضًا، وإليه أشار في الكتاب؛ ولأنه لم يجعل المحبوس مريضًا، وقال مشايخنا: إذا قدر على القيام بحوائجه في البيت، وعجز عن القيام بحوائجه خارج البيت، كان مريضًا؛ لأن كل مريض لا يعجز عن القيام بحوائجه في البيت، وفي المرأة يعتبر العجز عن حوائجها في البيت، من صعود السطح، ونحو ذلك، إذا عجزت عن ذلك، تعلق حق الورثة بمالها، وإلَّا فلا؛ لأنها لا تحتاج إلى الخروج.

رجل قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثًا

(**رجل قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق ثلاثًا**[1]، **فجاء رأس الشهر وهو مريض، ثم مات وهي في العدة، لم ترث**).

هذه المسألة على وجوه:

وهذه المسألة على وجوه: إما أن كان التَّعليق والشرط في الصحة، أو كلاهما في المرض، أو كان التَّعليق في الصحة والشرط في المرض، وكل ذلك على وجوه:

إمَّا أن كان التعليق بفعله، أو بفعل أجنبي، أو بأمر سماوي، أو بفعل المرأة.

فإن كان التعليق والشرط في الصحة، لم يكن فارًا في الوجوه كلها؛ لأنه طلقها في وقت لم يتعلق حقها بماله، فلا يكون فارًا.

---

(١) عبارة متن الجامع الصغير هنا بزيادة: «... جاء رأس الشهر، أو إذا دخلتِ الدَّار فأنتِ طالق، أو إذا صَلَّىٰ فلان الظهر، أو إذا دخل فلان الدَّار، فأنتِ طالق ...»، ص٢٢٦ في نسخة (عالم الكتب)، وفي نسخة (الباز مع شرح الصدر) نحو ما ذكر المؤلِّف رحمهم الله تعالىٰ، ص٣٢٦ (عباس أحمد الباز).

وإن كان التعليق في الصحة، والشرط في المرض، فإن كان التعليق بفعل نفسه، ورثت؛ لأنه باشر الشرط بعدما تعلق حقها بماله، ومباشرة الشرط في موضع التعدي، أقيم مقام العِلَّة، كما في مسألة حفر البئر وغيرها.

وإنْ كان الشرط أمرًا لا بد له منه، فهذا الاضطرار جاء من قِبَلِه، حيث علّق طلاقها بما لا بدّ له منه.

وإن كان التعليق بأمر سماوي، كمجيء الشهر، ونحوها، أو بفعل الأجنبي، كدخول الدار، والصوم، والصلاة، ونحو ذلك، لم ترث؛ لأنا لو نظرنا إلى التعليق، فحقها لم يكن متعلقًا بماله وقت التعليق، وإن نظرنا إلى الشرط، فلا صنع فيه للزوج، فلا يكون فارًّا.

(وإن كان التعليق بفعلها، فإن كان فعلاً لها منه بُدٌّ : كدخول الدار، وكلام الأجنبي، ونحو ذلك، لم ترث)؛ لأنها بمباشرة الشرط عن اختيار، صارت راضية ببطلان حقها، فصار كما لو طلقها بسؤالها.

(وإن كان التعليق بفعل لا بُدّ لها منه): كالصوم، والصلاة، وكلام الأبوين، وقضاء الدين والاستيفاء، والقيام والقعود، والأكل والشرب، والتنفس، ونحو ذلك، **(ورثت عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر لا ترث)**[1]؛ لأنه لم يوجد من الزوج في مرضه لا مباشرة العلة، ولا مباشرة الشرط، فلا يكون فارًّا. [١٠٤/أ]

---

(١) عبارة الجامع الصغير بنسخة (الباز مع شرح الصدر): «إن لم يكن لها منه بُدٌّ، صار الزّوج فارًّا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: لا يصير فارًّا»، ص٣٢٦.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنها مُكْرَهَةٌ من قِبَلِ الزَّوج؛ لأن حَدَّ المُكْرَهِ: أن يكون مضطرًا بين شرَّين[1]، والمرأة كذلك؛ لأنها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق، وإن امتنعت تعاقب في دار الآخرة، وهذا الاضطرار جاء من قِبَلِ الزَّوج، فكانت مكرهة، فيضاف فعلها إليه، كمن أكره إنسانًا على إتلاف ماله، فأتلف، هذا إذا كان التعليق في الصحة، والشرط في المرض.

فإن كان التعليق في المرض، إن كان التعليق بفعله، أو بفعل أجنبي، أو بأمر سماوي، كان فارًّا؛ لأنه علق الطلاق بعدما تعلق حقها بماله، فكان قاصدًا إبطال حق المرأة، فيكون فارًّا.

وإن كان التعليق بفعل المرأة، فإن كان فعلاً لا بد لها منه، يكون فارًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لِمَا ذكرنا في الفصل الأول، بل أولىٰ، وأما عند محمد؛ فلأن التعليق كان في وقت تعلق حقها بماله، فيكون قاصدًا إبطال حقها، بخلاف الفصل الأول، وإن كان فعلاً لها منه بد، لم ترث؛ لأنها بمباشرة الشرط عن اختيار، صارت راضية ببطلان حقها.

مريض طلّق امرأته ثلاثًا ثم صحّ، ثم مات

(**مريض طلَّق امرأته ثلاثًا، ثم صحّ، ثم مات وهي في العدة، لم ترث**)؛ لأنه لما صحّ، تبين أن حقها لم يكن متعلقًا بماله وقت التعليق.

إن طلقها في مرضه فارتدت ثم أسلمت

(**وإن طلقها في مرضه، فارتدت -والعياذ بالله- ثم أسلمت، ثم مات في مرضه ذلك وهي في العدة، لم ترث**)؛ لأنها بالردة خرجت من أن تكون أهلاً للإرث، فبطل حقها، فلا تعود بعد ذلك.

(**وإن لم ترتد، ولكن طاوعت ابن زوجها، ورثت**)؛ لأن بالطلاق الثلاث بطلت الزوجية فيما سوىٰ الميراث، والمحرمية لا تنافي الميراث، فلم يكن مبطلاً تلك الزوجية، فلا تبطل أهلية الميراث، بخلاف الردّة.

---

(١) في ح (الشرطين).

قذف امرأته في الصّحّة فلَاعَنَ القاضي، وفرّق وهو مريض، ثم مات

(رجل قذف امرأته وهو صحيح، فلَاعَنَ القاضي بينهما، وفرّق وهو مريض، ثم مات وهي في العدة، ورثت، وقال محمد : لا ترث، وإن كان القذف واللعان في المرض، ورثت في قولهم).

وهذه المسألة فرع ما إذا علق طلاقها بفعلها، فعلاً لا بدّ لها منه، وثمّة إن كان التعليق في المرض، ورثت عند الكل، وإن كان في الصحّة، ورثت عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر: لا ترث، واللعان من جملة مالا بد لها منه؛ لأنها مضطرة في دفع العار عن نفسها، فكانت مضطرة في اللعان.

إن آلى منها وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض

(وإن آلىٰ منها وهو صحيح، ثم بانت بالإيلاء وهو مريض، لم ترث)؛ لأن الإيلاء: تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر معنًى، كأنه قال: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك، فأنت طالق، ولو علّق الطلاق في الصحة بأمر سماوي، ووجد الشرط في المرض، لا يكون فارًّا، كذلك هاهنا، **(وإن كان الإيلاء في المرض، ورثت)** (كما تلك المسألة)[1].

ولا يقال: بأن الإيلاء وإن كان في الصحة، فهو متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء، فإذا لم يبطل، صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض، كما لو وكّل في صحّته بالطلاق، فطلقها الوكيل في المرض، كان فارًّا؛ لأنه كان متمكنًا من العزل، فإذا لم يعزل، جعل كأنه إنشاء، كذلك هاهنا؛ لأنا نقول: لا يمكنه إبطال الإيلاء إلّا بضرر، فلم يكن متمكنًا مطلقًا، بخلاف مسألة الوكالة.

وإن كان الطلاق رجعيًّا في هذه الوجوه، ورثت؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح به.

وفي كل ما ذكرنا، إنما ترث إذا مات وهي في العدة؛ لأنه لا يمكن إبقاء النكاح بعد انقضاء العدة. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في ج العبارة (قال صحيح بانت بالإيلاء وهو مريض).

بَابُ
الرَّجْعَةِ

صريح الطلاق بعد الدخول دون الثلاث في الحرة، والثنتين في الأمة، مُعقَّبٌ للرَّجعة: بالكتاب، والسُّنَّةِ، وإجْمَاع الأُمَّة.

مشروعية الرجعة

ولا يشترط لصحة الرجعة شرائط النكاح: من الإشهاد، والأمهار، ورضا المرأة، وقال مالك: لا يصح إلَّا بشهود[1]، وللشافعي فيه قولان: في قول: يشترط لها شرائط النكاح سوىٰ الولي، وفي قول: لا يشترط[2].

احتج مالك بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الآية [الطلاق: ٢]، قد وردت في الرجعة.

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] مطلقًا، وأمَّا الآية: فهي أمر ندب واستحباب، بمنزلة قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وعندنا: يستحب الشهود.

ألفاظ الرجعة

وألفاظ الرجعة: راجعتك، أو رددتك، أو أمسكتك، أو يقول بالفارسية: بازاوردم ترا، أو باز كردان كردم ترا.

---

(١) انظر: الكافي ص٢٩١؛ عقد الجواهر لابن شاش ٢/٢١٠.

(٢) «وأصَحُّ القولين: أنه لا يشترط»، كما في العزيز في شرح الوجيز ١٥/٢٧٩.

تثبت الرجعة بالقول وبالفعل

وكما تثبت الرجعة بالقول، تثبت بالفعل: وهو الوطء، والتقبيل عن شهوة، وكذا النظر إلى الفرج عن شهوة، كل ما تثبت به حرمة المصاهرة، تثبت به الرجعة، وقال الشافعي: الرجعة لا تكون إلَّا بالقول[1]؛ لأنها إثبات الحل عنده، فكان بمنزلة النكاح. [١٠٤/ب]

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿**فَأَمۡسِكُوهُنَّ**﴾ [الطلاق: ٢]، قالوا: أراد به: الرجعة، والإمساك كما يكون بالقول، يكون بالفعل، هذا إذا كان الفعل من الرجل.

فإن كان من المرأة: بأن نظرت إلى فرجه، أو قبلته، على قول أبي حنيفة ومحمد: يكون رجعة، وعلى قول أبي يوسف: لا يكون رجعة، إلَّا إذا مكّنها الزوج من ذلك، فإذا فعلت ذلك اختلاسًا، أو فعلت وهو نائم، أو مُكْرَه، لا يكون رَجْعَةً.

وجه قوله: أن الرجعة بالقول تكون من جانب الرجل، ولا تكون من جانب المرأة، فكذلك الرجعة بالفعل.

ولهما: أن فعل الرجل إنما كان رجعة؛ حَمْلاً لِفِعْله على الحل، فيستوي فيه الرجل والمرأة، كما استويا في حرمة المصاهرة؛ ولهذا لو أدخلت فرجها فرجه وهو نائم، تكون رجعة، فكذلك هاهنا.

وإن تزوجها في العدة، لا تكون رجعة في قول أبي حنيفة، وعلى قول محمد: تكون رجعة، واختلفوا في قول أبي يوسف: منهم من ذكر قوله مع قول أبي حنيفة، ومنهم من ذكر قوله مع قول محمد.

لمحمد: أن الإقدام على النكاح، دليل الاستمساك والإبقاء، فتكون رجعة.

---

(١) انظر: المرجع السابق ٢٨١/١٥.

ولأبي حنيفة: أن إنشاء النكاح في المنكوحة لغو، وإذا لغا، لم تثبت الرجعة.

تعليق الرجعة بالشرط

وتعليق الرجعة بالشرط باطل عندنا؛ لأنها استبقاء النكاح، وبعدما انعقد[1] سبب الزوال، فكان بمنزلة إثبات الملك من وجه، وتعليق التمليك بالشرط باطل.

وكذا لو قال: إن جاء غد فقد راجعتك، لا تكون رجعة، كما لو قال: تزوجتك غدًا، لا يصح، بخلاف ما لو قال: طلقتك غدًا، يصح، وكذا لو قال: وكلتك غدًا، يصح، ولو قال: عزلتك غدًا، لا يصح.

وكذلك ذكر في المأذون إذا قال لعبده: [أذنت لك] غدًا، يصح، ولو قال: [حجرت عليك] غدًا، لا يصح، وموضع المسألة كتاب المأذون.

السَّفر بامرأته التي طلَّقها رجعيًّا

(فإذا طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا، ليس له أن يسافر بها حتى يُشْهِدَ على رجعتها)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ**﴾ [الطلاق: ١]، وفي المسافرة بها خروج وإخراج، فلا يباح، إلَّا أن يشهد على رجعتها، فتبطل العدة، وقد ذكرنا أن الإشهاد ليس بشرط، بل هو مستحب، حتى يمكنه إثبات الرجعة إذا جحدت بعد انقضاء العدة، فإن سافر بها ولم يشهد على رجعتها، لا يكون مراجعًا، ويكون آثمًا، وقال زفر: المسافرة بها رجعة، أشهد أو لم يشهد؛ لأن المسافرة بدون الرجعة حرام، فتحمل على الرجعة؛ حَمْلاً لأمره على الحِلِّ والصَّلَاحِ.

---

(١) في ج (بعدما انعدم).

وإنا نقول: كلامنا في رجل يقول: لا أريد الرجعة، ولا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافه، وكما لا يحل له الخروج إلى السفر، لا يباح إلى ما دون السفر أيضًا؛ لإطلاق النص، وكما يكره المسافرة بها، يكره الخلوة؛ لأنه لو خلا بها، ربما يقع بصره على موضع يصير مراجعًا، وهو لا يريد الرجعة، فيطلقها أخرىٰ، فيؤدي إلى تطويل العدة، وذلك حرام.

طَلَّقَ امرأته وهي حامل

(**ولو طَلَّقَ امرأته وهي حامل، أو ولدت ولدًا قبل الطلاق، وقال: لم أجامعها، فله عليها الرجعة**)؛ لأنها لمّا ولدت في مدة يتصور أن يكون منه، ثبت نسبه منه، وحكم الشرع بثبات النسب منه، حكم بالدخول، فكان مكذبًا فيما زعم، وصريح الطلاق بعد الدخول معقب للرجعة.

لو خلا بها وأغلق بابًا وقال: لم أجامعها

(**ولو خلا بها وأغلق بابًا، أو أرخىٰ سترًا، وقال: لم أجامعها، فلا رجعة له عليها**)؛ لأن هذا طلاق قبل الدخول حقيقة، إلَّا أن الخلوة في حق المرأة أقيمت مقام الدخول؛ نظرًا للمرأة، تأكيدًا لحقها في المهر؛ لأنها تحتاج إلى التأكيد، وليس الدخول في يدها، فأقيمت الخلوة مقام الدخول في حق المهر، وفي حق العدة أيضًا؛ لأن العدة حكم يرجع إليها، أما الرجعة حق الزوج، ولا ضرورة في حق الرجل؛ لأن الدخول في يده، فلا تقام الخلوة في حقه مقام الدخول.

إن طلقها بعدما خلا بها، وقال: لم أجامعها

فإن طلقها بعدما خلا بها، وقال: لم أجامعها، (**ثم راجعها، ثم جاءت بولد لأَقَلَّ من سنتين بيوم من وقت الطلاق، صحّت تلك الرجعة**)؛ لأنها إذا لم تقر بانقضاء العدة، حتى جاءت بولد لأَقَلَّ من سنتين بيوم من وقت الطلاق، يثبت النسب منه بوطء قبل الطلاق، والطلاق بعد الدخول معقب للرجعة.

رجل قال لامرأته: إذا ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ولدًا

(رجل قال لامرأته : إذا ولدت ولدًا، فأنت طالق، فولدت ولدًا، ثم ولدت ولدًا آخَرَ لأَقَلَّ من سنتين من وقت الطلاق، أو لأكثر، ولم يقر بانقضاء العدة، فهي رجعة).

[١٠٥/أ]

المُطَلَّقَةُ طلاقًا رجْعِيًا إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين

وذكر في كتاب الدعوىٰ: المُطَلَّقَةُ طلاقًا رجْعِيًّا إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين، تكون رجعة، وإن جاءت به لأقل من سنتين، لا تكون رجعة؛ لأنها إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين، فهذا الولد يحتمل أن يكون من علوق قبل الطلاق، فلا تكون رجعة بالشك، فأما إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين، تَيَقَّنَّا أن الولد حصل من علوق بعد الطلاق؛ لأن الولد عندنا لا يبقىٰ في البطن أكثر من سنتين، فيصير مراجعًا.

أما في مسألتنا: لما ولدت الأول، وقع الطلاق، فإذا ولدت الولد الثاني بعد ذلك، فهذا الولد حصل من علوق بعد الولادة؛ إذ لو لم يجعل كذلك، لصار الولد الأول مع الثاني في بطن واحد، وفي ثبوت اتِّحاد البطن شَكٌّ إذا كان بين الولدين ستة أشهر، فلم يثبت الاتحاد بالشك، وإذا اختلف البطن، كان الثاني من علوق بعد الطلاق ضرورة، فتكون رجعة.

قال لامرأته: كُلَّمَا ولدتِ ولدًا فأنت طالق

(رجل قال لامرأته : كُلَّمَا ولدتِ ولدًا، فأنت طالق، فولدت ثلاثًا في بطون مختلفة، فالولد الثاني رجعة، وكذلك الولد الثالث)؛ لأنها لَمَّا ولدت الولد الأول، وقع الطلاق عليها، فإذا ولدت الثاني، فالثاني حصل من علوق بعد الطلاق؛ كَيْلَا يثبت اتحاد البطن بينهما، فتكون رجعة، ويقع به طلاق آخر؛ لأن اليمين انعقدت بكلمة «كُلَّمَا»، وأنها توجب التكرار، وإذا ولدت الثالث، فهذا الولد حصل من علوق بعد الطلاق الثاني؛ لِمَا ذكرنا، فتكون رجعة، ووقع عليها بولادة الثالث طلاقٌ آخر، فَتَمَّ الثَّلاث.

بَابُ
العِدَّة

الطَّلَاقُ والعِدَّةُ بالنِّسَاءِ

(الطَّلَاقُ والعِدَّةُ بالنِّسَاءِ، وقال الشافعي: الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء)، والمسألة معروفة(١).

إذا قالت المعتدة: انقضت عِدَّتي

(إذا قالت المعتدة: انقضت عِدَّتي، وكَذَّبَها الزَّوج، كان القول قولها مع اليمين)؛ لأنها أمينة اتهمت بالكذب، فكان القول قولها مع اليمين، كالمُوْدَعِ إذا ادعىٰ الرد والهلاك.

امرأة طلقها الزوج وقد أتت عليها ثلاثون سنة، ولم تحض

(امرأة طلقها الزوج، وقد أتت عليها ثلاثون سنة، ولم تحض، فعدتها بالأشهر؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤].

صبي مات عن امرأته وهي حامل

(صبي مات عن امرأته وهي حامل، فعدتها أن تضع حملها)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤] من غير فصل بينما إذا كان الحمل من الزوج، أو من غيره، وبينما إذا كان عدة الطلاق أو وفاة، وأنها قاضية على الأشهر؛ لأنها نزلت بعد قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه؛ ولأن العدة شرعت لتعرف [فراغ](٢) الرَّحِم، ووضع الحمل أدل من الأشهر على فراغ الرحم، هذا إذا مات الصبي وهي حامل.

---

(١) انظر: رحمة الأُمَّة في اختلاف الأئمَّة ص٤١٣.

(٢) الزيادة من د، وفي ب (براءة الرحم)، وفي ج (لتفرغ الرحم).

(**وإن حبلت بعد موت الزوج، كان عدتها بالأشهر**)؛ لأنها وجبت بالأشهر أولاً، فلا يتغير بعد ذلك بالحبل من الزنا، وفي امرأة الكبير كذلك، إلَّا أن هناك إذا جاءت لأقل من سنتين من وقت الموت، يجعل الولد من علوق قبل الموت؛ احتيالاً للنسب، (**ولا يثبت نسب الولد من الصبي في الفصلين**)؛ لاستحالة الولد منه بدون الماء.

وكذلك الحامل من الزنا إذا تزوجت بزوج، جاز النكاح في قول أبي حنيفة ومحمد، فإن مات عنها زوجها، تنقضي عدتها بوضع الحمل؛ لِمَا قلنا.

منكوحة الكبير إذا أَتَتْ بولد بعد موت الزوج لأكثر من سنتين

(**وقال أبو يوسف ومحمد: منكوحة الكبير إذا أَتَتْ بولد بعد موت الزوج لأكثر من سنتين، وقد تزوجت بعد أربعة أشهر وعشرًا من وقت الموت، جاز**)، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يخالفهما في هذا، وإنما لم نذكر قوله؛ لأنه لم يحفظ جوابه، وإنما جاز نكاحها؛ لأن إقدامها على النكاح، إقرار منها بانقضاء العدة، وبالولادة بعد السنتين لا يظهر أن [عدتها] لم يكن بالأشهر؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين عندنا، ويكون الولد من الزوج الحي؛ لقيام السبب: وهو الفِرَاش، فإن جاءت بولد لأكثر من سنتين من مَوْتِ زوجها، ولم تكن تزوجت بزوج آخر، لا يثبت النسب من الميت؛ لِمَا ذكرنا: أن الولد لا يبقىٰ في البطن أكثر من سنتين، [فكان انقضاء] عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام بعد الموت.

المُبَانَة إذا لم تقر بانقضاء العدة وجاءت بالولد

وأَمَّا المُبَانَة، إذا لم تقر بانقضاء العدة، حتى جاءت بالولد لأكثر من سنتين من وقت الطلاق، لا يثبت النسب من الزوج؛ لِمَا قلنا، ويحكم بانقضاء عدتها لستة أشهر من وقت[1] الولادة في قول أبي حنيفة ومحمد،

---

(١) في ب (قبل الولادة).

حتى لو كانت أخذت النفقة من الزوج، كان عليها أن ترد على الزوج نفقة ستة أشهر؛ لأن علوق الولد حصل بوطء كان بعد الطلاق؛ لِمَا قلنا، فلا يتعلق به انقضاء العدة، ويجعل كأنها تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، وحصل الولد من الزوج الثاني، فيلزمها أن ترد ما أخذت من الأول بعد انقضاء العدة، وقد تَيَقَّنَّا العلوق من ستة أشهر، وشككنا في الزيادة، فيلزمها أن ترد نفقة ستة أشهر. [١٠٥/ب]

وعند أبي يوسف: يحكم بانقضاء عدتها بالولادة، فلا يلزمها أن ترد شيئًا من النفقة على الزوج، وكذلك في فصل الموت عند أبي يوسف: يكون انقضاء عدتها بالولادة، إلَّا أنّ ثمرة الخلاف لا تظهر في فصل الموت في حكم النفقة؛ لأن نفقة المتوفىٰ عنها زوجها، تكون في مالها، لا في مال الزوج، ويظهر في فصل الطلاق.

حربية خرجت إلى دار الإسلام مسلمة

(**حربية خرجت إلينا مسلمة، بانت من زوجها، ولا عدة عليها، حتى لو تزوجت بزوج، جاز نكاحها في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة**)؛ لأنها مسلمة بانت من زوجها بالتباين، فتلزمها العدة، كما لو بانت بسبب آخر.

ولأبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ**...﴾ إلى أن قال: ﴿**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ**﴾ [الممتحنة: ١٠]، نفىٰ الجناح عَمَّن تزوجها، فإن كانت حاملاً، لا يجوز نكاحها؛ لأن ما في بطنها ثابت النسب من الزوج، فكانت بمنزلة أم ولد زوَّجها سيدها، يجوز نكاحها إذا كانت حائلاً، ولا يجوز إذا كانت حاملاً.

وروىٰ محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يجوز نكاح المهاجرة إذا كانت حاملاً، ولا يقربها [زوجها] حتى تضع حملها، وفي ظاهر الرواية: لا يجوز نكاحها.

المطلقة لا تخرج ليلاً ولا نهارًا

(المطلقة لا تخرج ليلاً ولا نهارًا، والمتوفىٰ عنها زوجها: **تخرج نهارًا، ولا تخرج ليلاً**)؛ لأن خروج المعتدة حرام بالنص، قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١]، إلَّا أنَّ المتوفىٰ عنها زوجها تحتاج إلى الكسب؛ لأن نفقتها في مالها، فيباح لها الخروج بالنهار؛ لمكان الضرورة، ولا ضرورة في حق المطلقة؛ لأنها تستحق النفقة على الزوج.

فإن اختلعت على أن لا نفقة لها، قال بعضهم: يباح لها الخروج بالنهار لأجل النفقة، كالمتوفىٰ عنها زوجها، وقال بعضهم: ليس لها أن تخرج؛ لأنها أسقطت النفقة عن اختيارٍ، فلا تستحق النظر، كما لو اختلعت على أن لا سكنىٰ لها، تسقط مؤنة السكنىٰ عن الزوج، وعليها أن تستأجر من الزوج منزله الذي كانا يسكنان فيه قبل الفُرْقَةِ، ولا يباح لها الخروج عن بيت العدة.

إذا وجب الاعتداد في منزل الزوج

وإذا وجب الاعتداد في منزل الزوج، لا بدّ من حائل يكون بينها وبين الزوج، فإن كان فاسقًا يخاف عليها منه، تخرج من منزله، وتسكن منزلاً آخر، ثم لا تخرج من ذلك المنزل، والأولىٰ أن يخرج الزَّوج ويتركها في منزله، وإن لم يخرج وجعل بينهما امرأة ثقة، تقدر على الحيلولة، ولا يضيق المنزل عليها، كان حسنًا، فإن ضاق المنزل عليها، كان لها أن تخرج، فتكتري منزلاً آخر، ثم لا تخرج بعد ذلك.

إذا وقعت الفرقة بينهما وهما في غير منزلهما

وإن وقعت الفرقة بينهما وهما في غير منزلهما، كان عليها الانتقال إلى منزلها من غير تأخير، وكذا المتوفىٰ عنها زوجها.

وإن كانت المطلقة مملوكة، يباح لها الخروج لِحَقِّ المولىٰ، سواء كان الطلاق بائنًا أو رجعيًّا، أما الرجعي؛ لأن النكاح قائم، وقبل الطلاق كان لها أن تخرج لخدمة المولىٰ، فكذلك بعده، وأما إذا كان بائنًا؛ فلأن الطلاق لا يبطل حق المولىٰ، بل يؤكده.

والمكاتبة، والمدبرة، وأم الولد: بمنزلة الأمة، أما المدبرة وأم الولد، فلأنَّهما يخرجان حال قيام النكاح لخدمة المولىٰ، فكذلك في العدة، وأما المكاتبة؛ فلأنها تحتاج إلى الكسب لأجل الكتابة، فكانت بمنزلة الحرة المتوفىٰ عنها زوجها.

وجبت عدة الطلاق على حُرَّة كتابيَّة

وإن كانت حُرَّة كتابيَّة، ووجب عليها عدة الطلاق، يباح لها الخروج بإذن الزوج، سواء كان الطلاق بائنًا، أو رجعيًّا، أو ثلاثاً، ولا يباح ذلك للمسلمة؛ لأن في الحرة المسلمة، وجبت العِدَّة حقًّا لله تعالىٰ وللزوج[1]، فإن سقط حقه بإسقاطه، لا يسقط حق الله تعالىٰ، وفي الكتابيَّة، لا يجب حقًّا لله تعالىٰ؛ لأنها لا تخاطب بحقوق الشرع، وإنما وجبت حقًّا للزوج، فيسقط بإسقاطه.

امرأة خرجت مع زوجها إلى مكة، فطلقها ثلاثًا

(امرأة خرجت مع زوجها إلى مكة، فطلقها ثلاثًا، أو مات عنها في غير مصر، فهذه المسألة على ثلاثة وجوه: فإن كان بينها وبين مقصدها مسيرة سفر[2]، وإلى مصرها أقل من مسيرة سفر، رجعت إلى مصرها، سواء كان ذلك في المصر أو في المفازة، معها مُحْرِمٌ أو لم يكن)؛ لأنها قدرت على الاعتداد في بيت الزوج من غير إنشاء السفر.

---

(١) في ب زيادة (والزوج والزوجة).

(٢) في الجامع الصغير، ذكر هنا: «أقلَّ من ثلاثة أيام»، وهكذا في جميع المسألة، ص٢٣٢.

المسافة إلى مصرها وقصدها لم تكن مسيرة سفر

(**وإن لم يكن إلى مصرها مسيرة سفر، وإلى قصدها كذلك، أيضًا كان لها الخيار: إن شاءت رجعت [إلى مصرها]، وإن شاءت مضت في سفرها، سواء كان في المصر أو في المفازة، معها محرم أو لم يكن**)؛ لأنها تتضرر بالمكث في دار الغربة، ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، والرجوع إلى مصرها أولىٰ؛ ليكون الاعتداد في منزل الزوج.

وإن كان إلى مصرها مسيرة سفر، وإلى مقصدها أقلَّ، اختارت بما دون السَّفر؛ لأن ما دون السَّفر، لا يعتبر خروجًا في الحكم، وفي الذهاب إلى مسيرة السَّفر، إنشاء السفر في العدة، فتختار ما دُوْن السَّفر. [١٠٦/أ]

وإن كان إلى كل واحد منهما مسيرة السفر، ولم يكن ذلك في مصر، بل كان في بعض المنازل، كان لها الخيار: إن شاءت رجعت، وإن شاءت مضت في سفرها؛ لأن ما يخاف عليها في ذلك الموضع، فوق ما يخاف عليها في الخروج.

وقوع الطلاق كان في مصر من الأمصار

(**وإن كان ذلك في مصر من الأمصار، لا تخرج حتى تنقضي عدتها، ثم تخرج بمَحْرَم، وقال أبو يوسف ومحمد: لها أن تخرج بمحرم قبل انقضاء العدة**)؛ لأن نفس الخروج ليس بحرام في هذا الموضع؛ لمكان الضرورة، كما في المسائل المتقدمة، فكان الحرام هو السفر، وحرمة السفر تسقط بالمَحْرَم.

ولأبي حنيفة: أن العِدَّة في المنع من الخروج، فوق عدم المَحْرَم، أَلَا ترىٰ أن العدة كما تمنع من ابتداء السفر، تمنع عما دون السفر، وعدم المَحْرَم يمنع من السفر، ولا يمنع عما دونه ابتداء، ثم عدم المَحْرَم يمنع هاهنا من الخروج، فالعدة أولىٰ.

المبتوتة والمتوفى عنها زوجها تمنع من السفر

(المبتوتة والمتوفىٰ عنها زوجها تمنع من السفر، لا تدَّهنان بزيت مطيب، ولا غير مطيب، ولا بشيءٍ من الأدْهَان إلَّا من وَجَع)، أما المتوفىٰ عنها زوجها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم والآخر: أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام، إلَّا على زوجها: أربعة أشهر وعشرة أيام**»[1]، أوجب الحِدَادَ عليها: وهو ترك الزينة، فيكون نهيًا عن التطيب، وكذلك المبتوتة عندنا، وهو أحد قولي الشافعي، وفي قول: لا يجب الحِدَادُ عليها[2]؛ لأن النص ورد في المتوفىٰ عنها زوجها، فلا تحرم الزينة على غيرها؛ ولأن ثَمَّة وجب الحِدَادُ عليها إظهارًا للتأسف على فوات نعمة الزوج، وهاهنا أوحشها الزوج بالطلاق، فلا يلزمها التأسف.

ولنا: أن الحداد في الفصل الأول إنما وجب إظهارًا للتأسف على فوات النكاح، الذي هو سبب للصيانة عن الحرام، ودرور النفقة، والولد، وغير ذلك، وما قال بأن ثمة وجب الحداد إظهارًا للتأسف على فوات نعمة الزوج، فليس كذلك؛ لأن الزوج وإن كان نعمة، فهو دون الأب، ثم حق الأب في الحداد يصير مقضيًّا بالثَّلاث، فحق الزوج أولىٰ؛ [بل] إنما وجب الحداد تأسفًا على فوات نعمة النكاح، وقد فات النكاح هاهنا بالإبانة، فيلزمها الحداد.

يحرم على المبتوتة كل زينة من الطيب

ويحرم عليها كل زينة من الطيب، والحرير، والدهن المطيب، وغير المطيب، فأما المطيب فظاهر، [وأمَّا] غير المطيب؛ ففيه زينة الشعر؛ ولأن غير المطيب لا يخلو عن قليل طيب؛ ولهذا حَرُم على المُحْرِم، فلا يباح إلَّا مِنْ وَجَع.

---

(١) أخرجه البخاري (١٢٢٢)؛ ومسلم (١٤٨٦) عن أم حبيبة رضي الله عنها.

(٢) «والجديد من قولي الشافعي: يستحبُّ ولا يجب». انظر: العزيز في شرح الوجيز ١٦/٢٢١.

وكذا إذا احتاجت إلى الحرير، إمَّا لأصل الحكة، أو لضرورة إن لم تجد ثوبًا آخر، يباح لها ذلك، وكذلك لو خافت الوجع من ترك الإدهان، بأن كانت الإدهان عادة لها، فكان ذلك معروفًا، كان لها أن تدهن احترازًا عن الضرر؛ إذ الغالب بمنزلة الواقع.

يجب الحداد على الحرة، والأمة

(**وكما يجب الحداد على الحرة، يجب على الأمة**)، والمدبرة، وأم الولد، والمكاتبة، إذا مات عنها زوجها، أو أبانها؛ لفوات نعمة النكاح، وليس فيه إبطال حق المولىٰ، بخلاف الخروج؛ لأن في المنع من الخروج إبطال حق المولىٰ، فلا يجوز إبطال حق المولىٰ لحق الله تعالىٰ؛ لأن حق العبد مع حق الشرع إذا اجتمعا، يقدَّم حق العبد، لا تهاونًا لحق الشرع، بل لحاجة العبد، واستغناء الشرع.

لا حداد على الكتابية ولا على الصبيّة

ولا يجب الحداد على الكتابية؛ لأنها لا تخاطب بحقوق الشرع، وتمنع من الخروج لحقِّ الزوج، حتى لو أذن لها، حلّ.

وكذا لا حِدَاد على الصبية؛ لأنها لا تخاطب بحقوق الشرع، وكذلك المنكوحة نكاحًا فاسدًا؛ لأن النكاح الفاسد معصية، وذهاب المعصية يوجب الشكر، ولا يوجب التأسف؛ ولهذا لا تلزمها عدة الوفاة، وإنما تلزمها عدة المتاركة في الطلاق، لا لفوات نعمة النكاح، بل صيانة للماء الذي يثبت به النسب، فأما عدة الوفاة، فإنما تجب لفوات نعمة النكاح، لا لصيانة الماء المحترم، ألا ترىٰ أنها تجب قبل الدخول، وعلى المنكوحة الصغيرة، وغير ذلك.

وللزوج أن يمنع الصغيرة عن الخروج حال قيام النكاح؛ لأنه يستمتع بها حال قيام النكاح، لا جرم لا يمنعها من الخروج في العدة؛ لأنه لا يستمتع بها، وليس فيه صيانة للماء، فلا تمنع.

وأم الولد إذا أعتقها مولاها، أو مات عنها، أو ارتد _ والعياذ بالله _، تعتق، وعليها الاعتداد بثلاثة أقراء، وإن كانت من ذوات الأشهر، تعتد بثلاثة أشهر، وقال الشافعي: إن كانت من ذوات الأقراء، تعتد بحيضة واحدة، ولا حِدَاد عليها عند الكل؛ لأن الحداد إنما يجب لفوات نعمة النكاح، ولم يكن بينهما نكاح.

[١٠٦/ب] ومن ملك امرأته بعد الدخول، فسد النكاح بينهما، وتلزمها العدة، حتى لو زوجها من غيره، لا يجوز، ولا حداد عليها؛ لأن حل الوطء قائم، فلم تنقطع النعمة من كل وجه.

بَابُ
مَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ وَمَا لَا يَثْبُتُ، وَالشَّهَادَةُ فِي الوِلَادَةِ

امرأة جاءت بولد فقال الزوج: تزوّجتك منذ أربعة أشهر

(امرأة جاءت بولد، فقال الزوج: تزوّجتك منذ أربعة أشهر، وقالت: منذ ستة أشهر، فالقول قولها، وهو ابنه)؛ لأن الظاهر علوق الولد في النكاح الجائز، وهي تدّعي ذلك، فكان الظاهر شاهدًا لها.

ولم يذكر يمين المرأة، وينبغي أن تكون المسألة على الاختلاف: عند أبي حنيفة: لا تستحلف؛ لأن عنده لا تجري اليمين في الأشياء الستة: منها النكاح، والنسب، وعندهما: تجري، فتستحلف المرأة عندهما.

رجل تزوّج أمة وطلّقها ثم اشتراها ثم جاءت بولد

(رجل تزوّج أمةً وطَلَّقَها، ثم اشتراها، ثم جاءت بولد لِأَقَلَّ من ستة أشهر منذ اشتراها؛ لزمه)؛ لأنا تيقنَّا بعلوق الولد قبل الشراء، فيكون ولد المُعْتَدَّة، فيثبت نسبه من غير دعوة، **(وإن جاءت به لستة أشهر منذ اشتراها؛ لم يلزمه)**؛ لأن هذا الولد يحتمل أن يكون من علوق بعد الشراء، فيكون ولد الأمة، فلا يثبت نسبه من غير دعوة، هذا إذا كان الطلاق واحدةً.

فإن كان الطلاق ثنتين، يثبت النسب إلى سنتين؛ لأنها معتدَّةٌ لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، فلم يزل الفراش، وقد تعذّر إضافته إلى وطء بعد الطلاق؛ لأنه لا يحل له وطؤها بعد السنتين، لا بملك اليمين، ولا بملك النكاح، ما لم تتزوج بزوج آخر، فإذا تعذر إضافة الولد إلى وطءٍ بعد الطلاق، يُضاف إلى ما قبل الطلاق، فيكون ولد المنكوحة، فيثبت نسبه من غير دعوة.

أما إذا كان الطلاق واحدةً، تحل له بملك اليمين، فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات؛ لأنه متيقَّنٌ، وإذا أضيف إلى أقرب الأوقات، كان ولد الأمة، فلا يثبت نسبه من غير دعوة، هذا إذا كان الطلاق بعد الدخول.

فإن كان طلَّقها ثنتين قبل الدخول، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، يلزمه، وإلَّا فلا؛ لأن الطلاق قبل الدخول لا يوجب العدة، فيقضىٰ بزوال الفراش بنفس الطلاق، ما لم نتيقن بعلوق الولد قبل الطلاق.

امرأة أتت بولد بعد وفاة زوجها ما بينها وبين سنتين

(امرأة أتت بولد بعد وفاة زوجها، ما بينها وبين سنتين، فصَدَّقَها الورثة، ولم يشهد على الولادة أحدٌ، فهو ابنه).

أراد به: وصدَّقها الورثة على الولادة؛ لأنهم أقرُّوا على أنفسهم بالمُزَاحِمِ، ومن أصدق الشهادات شهادةُ المرء على نفسه، وإذا صَحَّ تصديقهم في الولادة، يثبت النسب؛ لأنها معتدَّة ولدت بعد وفاة زوجها، ولم تُقِرَّ بانقضاء عدتها، فيثبت النسب إلى سنتين.

ثبوت النسب بالشهادة

وهل يثبت النسب بتصديقهم في حق غيرهم؟

قالوا: إن كانوا عددًا لو شهدوا جازت شهادتهم: بأن كانوا ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا، وهم عدول، يثبت النسب في حق غيرهم.

وهل يشترط لفظ الشهادة لثبوت النسب في حق غيرهم؟ قال بعضهم: يشترط؛ لأن الحجة المتعديّة الشهادةُ دون الإقرار، وقال بعضمهم: لا يشترط؛ لأن المذكور في الكتاب: التصديق؛ وهذا لأن الشهادة إنما تحتاج إليها عند الدعوىٰ والمنازعة، وتمام المسالة في كتاب الدعوىٰ، هذا إذا صدَّقها الورثة.

مسائل: جحود الولادة المطلقة رجعيًا

(فإن جحدوا الولادة[١]، لا يثبت النسب والولادة إلَّا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يثبت بشهادة القابلة).

وهذه ثلاث مسائل: إحداها: هذه.

المطلقة طلاقًا رجعيًا جاءت بولد لأقل من سنتين

والثانية: المطلقة طلاقًا رجعيًّا، إذا لم تُقِرَّ بانقضاء عدَّتها، حتى جاءت بولد لأقل من [سنتين][٢]، أو لأكثر، وأنكر الزوج الولادة.

المبتوتة إذا جاءت بولد لأقل من سنتين

والثالثة: المبتوتة إذا جاءت بولد لأقل من سنتين، وأنكر الزوج الولادة، عند أبي حنيفة: (لا يقضىٰ بشهادة القابلة في هذه المسائل، إلَّا إذا كان الزوج أقرَّ بالحبل، أو كان الحبل ظاهرًا، وعندهما: يقضىٰ بشهادة القابلة إذا كانت حرَّةً عدلةً).

المنكوحة إذا جاءت بولد لستة أشهر

وأما المنكوحة إذا جاءت بولد لستة أشهر من وقت النكاح، أو لأكثر، فقال الزوج: لم تَلِدِيْه، لا يلزمه حَدٌّ ولا لِعَان؛ لأنه أنكر الولادة، وإنكار الولادة لا يكون قَذْفًا.

شهادة القابلة على الولادة

فإن شهدت القابلة على الولادة، يثبت النسب من الزوج عندنا، وقال الشافعي: لا تثبت الولادة إلَّا بشهادة أربع نسوة عُدُولٍ، وقال مالك وابن أبي ليلىٰ: تقبل شهادة امرأتين، وقال زفر: لا تثبت بشهادة النساء أصلاً، وكذلك كل ما لا يطلع عليه الرجال، فهو على هذا الخلاف[٣].

ثم إذا قبلت شهادة القابلة عندنا على ولادة المنكوحة، فإن نفاه الزوج، لاعن القاضي بينهما؛ لأنه نفىٰ ولد المنكوحة، فيلزمه اللعان.

---

(١) عبارة الجامع الصغير هنا: «وإن لم تصدق الورثة، لم تقبل إلَّا بشهادة رجلين ...»، ص٢٣٥.

(٢) في أ، ج (ستَّة أشهر)، والمثبت من ب، د.

(٣) انظر: رحمة الأمَّة في اختلاف الأئمَّة ص٥٧٣؛ الكافي لابن عبد البر ص٤٦٩.

[١٠٧/أ] أجمع أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: على أنه يُقضىٰ بالنَّسب بشهادة القابلة حال قيام النكاح، واختلفوا بعد الموت والطلاق: لأبي يوسف ومحمد: أن سبب ثبات النسب: هو الفراش، قائمٌ، ما لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، إنما الحاجة إلى إثبات الولادة، وتعيين الولد: وهو أمر لا يطلع عليه الرجال، فيثبت بشهادة القابلة بعد الطلاق والموت، كما يثبت حال قيام النكاح، وكما لو كان الزوج أقرَّ بالحبل، أو كان الحبل ظاهرًا، وأنكر الولادة، فإنه يُقضىٰ بشهادة القابلة.

ولأبي حنيفة: أنها لمّا أقرت بالولادة، فقد أقرت بزوال سبب النَّسب: وهو الفراش، لو ثبت النسب إنما يثبت بالقضاء، والقضاء لا يكون إلَّا بحجة كاملة، لا يلزم على ما قلنا حال قيام النكاح، وكذا إذا كان الزوج أقرَّ بالحبل، أو كان الحبل ظاهرًا؛ لأن هناك سبب ثبوت النسب قبل الولادة قائمٌ: وهو الفراش، إنما الحاجة إلى تعيين الولد؛ لأن الزوج ينكر ولادة هذا الولد، وشهادة القابلة حجةٌ في تعيين الولد.

ولو قال لامرأته: إذا ولدت فأنت طالق، فقالت: ولدت، وكَذَّبها الزوج، ولم يكن الزوج أَقَرَّ بالحبل، ولا كان الحبل ظاهرًا، وشهدت القابلة على الولادة، عند أبي حنيفة: لا يُقضىٰ بالطلاق بشهادة القابلة، وعندهما: يُقضىٰ بوقوع الطلاق بشهادة القابلة.

لهما: أن الطلاق تعلق بالولادة، والولادة تثبت بشهادة القابلة حال قيام النكاح عند الكل، فكذا ما تعلَّق بالولادة؛ ولهذا قلنا: إن المنكوحة إذا ادَّعَت ولادة ولد، وكذَّبها الزوج، فشهدت القابلة على الولادة، ونفاه الزوج، لَاعَنَ القاضي بينهما، مع أن اللعان حد، والحدود لا تثبت بشهادة النساء، لكن لمّا جعلت شهادتها حُجَّةً في حق الولادة، جعلت حجَّةً فيما تعلق بالولادة.

ولأبي حنيفة: أن القياس يأبىٰ جواز شهادة النساء وحدهنَّ؛ لمكان احتمال زيادة الكذب، وإنما جعلت حجَّةً في الولادة ضرورةَ أنه لا يطلع عليها الرجال، فلا تجعل حجَّةً فيما يقبل الفصل عن الولادة والطلاق مما يقبل الفصل عن الولادة في الجملة، وإن صار من لوازمها هاهنا، هذا كمن اشترىٰ لحمًا، فجاءه مسلم عدل وشهد أنه ذبيحةُ مجوسي، قبلت شهادته في حق حرمة الأكل، ولا يثبت تمجُّس الذابح في حق الرجوع على البائع، حتى لا يرجع على بائعه بشهادة الواحد.

وأما مسألة اللعان، قلنا: إنما وجب اللعان بقذفه، لا بشهادة القابلة.

لو ادَّعَتْ ولادة ولدٍ حيٍّ بعد موت الزوج

وكذا لو ادَّعَتْ ولادة ولدٍ حيٍّ بعد موت الزوج، وادَّعَتْ الميراث من الولد، وأنكرت الورثة حياة الولد، فشهدت القابلة على استهلال الصبي. عندهما: تُقبَل شهادتها، وعند أبي حنيفة: لا تُقبَل.

فإن كان الزوج أقرَّ بالحبل، أو كان الحبل ظاهرًا، ثم علَّق طلاقها بالولادة، فقالت: ولدتُ، وكَذَّبها الزوج، عند أبي حنيفة: يقضىٰ بقولها بوقوع الطلاق من غير شهادة القابلة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يقع الطلاق ما لم تشهد القابلة.

لهما: أن الطلاق تعلق بالولادة، فلا تثبت الولادة من غير حجة، كما في المسألة الأولىٰ، ولأبي حنيفة: أنه علّق الطلاق بأمر باطن يوجد غالبًا، فيقبل قولها فيه، كما لو علّق الطلاق بحيضها، بل أولىٰ؛ لأن الولد الموجود في البطن يخرج في وقته إمّا حيًّا وإما ميتًا، أما الحيض قد يكون على مجرىٰ العادة مع احتمال أن لا يكون.

إذا ثبت أن الولادة لا تثبت بعد الموت والطلاق بشهادة القابلة في قول أبي حنيفة، فإن شهد بها رجلان، أو رجل وامرأتان، ففي الموت والطلاق البائن، يثبت النسب من الزوج إلى سنتين، ولا يثبت لأكثر من ذلك؛ لأنها إذا ولدت لأَقَلَّ من سنتين، أمكن حمله على الوطء الحلال، بإضافته إلى علوق قبل الطلاق.

شهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان

أما إذا ولدت لأكثر من سنتين، تعذَّر إضافته إلى ما قبل الطلاق والموت؛ لأن الولد لا يبقىٰ في البطن أكثر من سنتين، قالت عائشة رضي الله عنها: **(لا تلد المرأة الولد التَّامَّ لأقلَّ من ستة أشهر، ولا يبقىٰ الولد في البطن أكثر من سنتين، ولو بفَلْكَة مِغْزَل)**[1].

الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين

وفي الطلاق الرجعي، يثبت النسب وإن طال الزمان، غير أنها إذا ولدت لأقل من سنتين، يثبت النسب ولا يصير مراجعًا؛ لاحتمال أنه حصل من علوق قبل الطلاق، فلا تثبت الرجعة بالشك، أما إذا جاء لأكثر من سنتين، تعذَّر إضافته إلى علوق قبل الطلاق؛ لِمَا قلنا، فيحمل أمرها على الصلاح، ويجعل كأنها كانت ممتدة الطهر، وطئها في العدة، فعلقت؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء، ويصير مراجعًا بالوطء في العدة، هذا إذا لم تكن أقرَّت بانقضاء العدة.

---

(١) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننيهما، من طريق المبارك، بلفظ: «قدر ما يتحوَّل ظل عمود الغزل»؛ وأخرج الدارقطني والبيهقي، عن الوليد بن مسلم في إجابة مالك عن هذا الحديث، فقال: «سبحان الله، من يقول هذا، هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صِدْق، وزوجها رجل صِدْق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة، كل بطن في أربع سنين». نصب الراية ٣/ ٢٦٤.

أقرت بانقضاء العدة في مدة يتصور العدة ثم ولدت لأقل من ستة أشهر

[١٠٧/ب]

فإن أقرَّت بانقضاء العدة، فالطلاق بعد مدة يتصور فيها ثلاثة أقراء، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، يثبت النسب، وهكذا إذا أقرَّت بانقضاء عدة الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولأقل من سنتين من وقت الإبانة والموت، يثبت النسب؛ لأنها أقرّت بانقضاء العدة، وفي بطنها ولد ثابت النسب، فيبطل إقرارها، وصار كأنها لم تُقِرَّ، وإن ولدت لستة أشهر من وقت الإقرار، لا يثبت النسب؛ لأنها لم تتيقن بفساد الإقرار.

وإن كانت آيسةً، فطلَّقها بائنًا، أو رجعيًّا، فلم تُقِرَّ بانقضاء العدة حتى ولدت، كان الجواب فيه ما قلنا في ذوات الأقراء؛ لأنها لما ولدت، بطل إياسها، وإن أقرَّت بانقضاء عدتها بالأشهر، فكذلك الجواب، إن كان الطلاق بائنًا، يثبت النسب إلى سنتين، وإن كان رجعيًّا، يثبت وإن طال الزمان؛ لأنها لمّا ولدت، ظهر أنها لم تكن آيسةً، فبطل اعتدادها بالأشهر، وصار كأنها لم تُقِرَّ بانقضاء العدة.

أقرت بانقضاء عدتها مُطلقًا(غير مفسر بالأشهر) ثم ولدت لستة أشهر

وإن أقرَّت بانقضاء عدتها مطلقًا غير مفسَّر بالأشهر في مدة يتصور أن تكون فيها ثلاثة أقراء، ثم ولدت لستة أشهر من وقت الإقرار، لا يثبت النسب، ويحمل إقرارها على انقضاء العدة بالأقراء؛ لأن الأصل: هو الاعتداد بالأقراء، وتجعل كأنها اعتدت بالأقراء ثم حبلت من زوج آخر، ولا يبطل إقرارها إلَّا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الأقراء، فيبطل؛ لِمَا قلنا.

وإن كانت عدة وفاة، فالآيسة فيها والتي من ذوات الأقراء سواء؛ لأن عدة الوفاة في حق كل واحدة منهما يكون بأربعة أشهر وعشرة أيام، إلَّا إذا كانت حاملاً، فعدتها تكون بوضع الحمل.

كانت صغيرة تجامع فطلقها بائنًا بعد الدخول وأقرت بانقضاء العدة

(وإن كانت صغيرة تجامع، فطلَّقها بائنًا بعد الدخول، وأقرَّت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، يلزمه)؛ لأنها أقرت بانقضاء العدة، وفي بطنها ولدٌ ثابتُ النسب، فبطل إقرارها، وصار كأنها لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، فيثبت النسب، **(وإن جاءت به لتسعة أشهر من وقت الطلاق، لا يلزمه)**؛ لاحتمال أنها حبلت من زوج آخر بعد انقضاء العدة، فلم يبطل إقرارها.

إذا لم تقر الصغيرة بانقضاء العدة حتى ولدت لتسعة أشهر

وإن لم تُقِرَّ بانقضاء العدة حتى ولدت لتسعة أشهر من وقت الطلاق، لا يثبت نسبه من الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يثبت النسب إلى سنتين.

لأبي يوسف: أن هذه معتدة تحتمل الحبل؛ لأن المراهقة تحتمل البلوغ في كل ساعة، فإذا لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، يحتمل أنها حبلت بعد انقضاء عدتها بثلاثة أشهر، ويحتمل أنها حبلت قبل ذلك، فكان انقضاء عدتها بوضع الحمل، فإذا وقع الشك في انقضاء عدتها بالأشهر، لا تنقضي، فبقيت معتدَّةً، فيثبت النسب منه إلى سنتين، كما قلنا في البالغة.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن عِدَّتها كانت بالأشهر، فلا يتغيَّر ذلك إلَّا بدليل، والبلوغ والحبل حادثٌ، فيُحال إلى أقرب الأوقات، ويُجعَل كأنها أقرَّت بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر.

ولا يقال: في هذا قطع النسب؛ لأنا نقول: النسب لا يقطع بالشَّكِّ إذا وجد سبب النسب، وفيما قلتم: جَعْل ما ليس بسبب سببًا بالشَّكِّ؛ لأن النكاح في الصغيرة ما كان سببًا قبل البلوغ؛ لعدم ماء المرأة، وإنما يصير سببًا بعد البلوغ، فلا يجعل سببًا بالشك.

وإن كان الطلاق رجعيًّا، فعندهما كذلك الجواب، وعند أبي يوسف: إذا لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، يثبت النسب إلى [سبعة] وعشرين شهرًا، ويجعل كأنه وطئها في آخر العدة ثم بعده سنتان مدة الحبل.

الصغيرة المتوفى عنها زوجها، أقرت بانقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشرة

وإن كانت الصغيرة متوفىٰ عنها زوجها، فإن أقرَّت بانقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام، ثم ولدت، كانت هي والكبيرة سواء، فإن لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، فعندهما كذلك الجواب، حتى لو ولدت لأقل من عشرة أيام وعشرة أشهر بساعة، يثبت النسب، وإلَّا فلا؛ لِمَا قلنا في فصل الطلاق، وإن نكاحها لا يصير سببًا للنسب ما لم يتيقن بحدوث الحبل في العدة، وعند أبي يوسف وهو روايةٌ عن أبي حنيفة: أنَّها إذا لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، يثبت النَّسب إلى سنتين، كما قلنا في البالغة.

قال لأمته: إن كان في بطنك ولد فهو مني، فشهدت القابلة على الولادة

(**رجل قال لأمته: إن كان في بطنك ولد فهو مني، فشهدت القابلة على الولادة، يثبت النسب، وتصير الجارية أم ولد له في قولهم جميعًا**)؛ لأن سبب الثبات قد وُجد: وهو الدعوة، وإنما الحاجة إلى إثبات الولادة، وتعيين الولد، وشهادة القابلة حجةٌ في ذلك، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار. [١٠٨/أ]

فإن ولدت لستة أشهر فصاعدًا، لا يلزمه؛ لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولىٰ، فلم يكن المولىٰ مدّعيًا هذا الولد، بخلاف الفصل الأول؛ لأنه ثمّة تَيَقَّنَّا بقيام الولد في البطن وقت الإقرار، فَتَيَقَّنَّا بالدعوىٰ.

قال لغلام: هذا ابني، ثم مات وقالت أم الغلام: أنا امرأته

(**رجل قال لغلام: هذا ابني، ثم مات، ثم جاءت أم الغلام وهي حرة، وقالت: أنا امرأته، فهي امرأته، ويرثانه، ذكر في «النوادر»: أن هذا استحسان، والقياس: أن لا يكون لها الميراث؛ لاحتمال أنها وطئت بالشبهة**)، أو بالنكاح الفاسد.

وجه الاستحسان: أنه وضع المسألة في الحرة، والظاهر أنها تلد من النكاح الجائز؛ لا من الحرام، فإذا أَقَرَّ أنَّه ابنه، فقد أقرَّ أنه ابنه منها بالنكاح الجائز ضرورةً، وهذا إذا علم أنها حرَّةٌ.

فإنْ لم يعلم ذلك، فزعم الورثة أنها أم ولد الميت، وهي تدعي النكاح، لم تَرِثْ؛ لأن الأمر محتمل، فلا ترث المرأة بالشك، أقصىٰ ما في الباب أنها حرةٌ ظاهرًا؛ إلَّا أن حاجة المرأة إلى استحقاق الميراث، والظاهر يصلح حجةً للدفع دون الاستحقاق. [والله تعالىٰ أعلم].

❊❊❊

بَابُ
الوَلَدِ مَنْ أَحَقُّ بِهِ؟

الأم أحق من الأب بحضانة الصغير

الأصل فيه: أن الأم أحق من الأب بحضانة الصغير، ذكرًا كان أو أنثىٰ؛ لأنها على الحضانة هي أقدر، فكان الدفع إليها أنظر[1].

طلق امرأته، وبينهما ولد رضيع، فقالت الأم: أنا أرضعه بغير أجر

(رجل طلق امرأته، وبينهما ولد رضيع، فقالت الأم: أنا أرضعه بغير أجر، أو بدرهمين، وأراد الأب أن ترضعه غيرها بدرهمين، فالأم أولىٰ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في هذه الحادثة: «**أنت أحق به ما لم تتزوجي**»[2]، وروي: «**أن عمر رضي الله عنه فارق امرأته أم العاص، وكان بينهما ولد صغير، فاختصما إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقضىٰ به للأم، وقال: ريقها خيرٌ له من شهد وعَسَل عندك يا عمر!**»[3]، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم؛ ولأنها أشفق، فإذا اتحد الأجر، كان الأب في أخذ الولد منها مُتَعَنِّتًا محضًا، قاصدًا به الإضرار، فيحرم؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا**﴾ [البقرة: ٢٣٣].

---

(١) هذا الأصل ساقطة من ب، د.

(٢) «أخرجه أبو داود، وعبد الرزَّاق، والدارقطني، وإسحاق، من حديث عبد الله بن عمرو به، وصَحَّحه الحاكم»، كما في الدراية ٢/٨١.

(٣) قال ابن حجر: «... لم أجده بهذا اللفظ، وأصله عند ابن أبي شيبة ...، ونحوه عند عبد الرزاق، ... وعن ابن عباس نحوه»، الدراية ٢/٨١.

الأم ترضعه بغير أجر والأجنبية كذلك

وكذا إذا كانت الأم ترضعه بغير أجر، والأجنبية كذلك، فإن كانت الأجنبية ترضعه بغير أجر، أو بأجر يسير، والأم تريد الزيادة، ترضعه الأجنبية؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦]، لكن ترضعه عند الأم، ولا ينزع الولد من الأم؛ لأن حق الحضانة للأم، وليس على الظئر أن تمكث عند الولد في بيت أمه، بل ترضعه وتعود إلى منزلها إذا لم يشترط ذلك في عقد الإجارة، ويستغني الولد عنها في تلك الساعة.

لا ينزع الولد من الأم

وإذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم، ولم يشترطا في الإجارة الإرضاع عند الأم، كان لها أن تحمل الولد إلى منزلها، فترضعه، أو تقول: أخرجوه فترضعه في فناء دار الأم، ثم يدخل الولد على الأم.

وإن شرطوا في عقد الإجارة أن تكون الظئر عند الأم، يلزمها الوفاء بما شرط.

إن ماتت الأم أو تزوجت

(**وإن ماتت الأم أو تزوجت، بطل حقها**)، وإن تَزَوَّجتْ [بغير ذي][1] رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الصغير، بطل حقها؛ لأن الزوج الأجنبي يُؤْذِي الولد، فلا يترك الولد عند الأم.

إذا بطل حق الأم كانت الحضانة للجدة

(**وإذا بطل حق الأم، كانت الحضانة للجدة من قِبَل الأم وإنْ علت**)؛ لأنَّ حق الحضانة للأم، فإذا لم تَبْقَ الأم، تنتقل إلى من كان أقرب إليها، وإن لم تكن الجدَّة من قِبَل الأم، (**فالجدَّة من قِبَل الأب وإنْ عَلَتْ**)؛ لأنَّها أشفق من غيرها، وقال زفر: الجدَّة من قبل الأب مؤخرةٌ عن الأخوات، والصحيح ما قلنا.

---

(١) هكذا (بذي) في النسخ، فعلَّه سهو من النَّاسخ، والمسألة معروفة: كما قال الموصلي: «ومن لها الحضانة إذا تزوَّجت بأجنبي، سقط حقها؛ ولأنَّ الصَّبيَّ يلحقه من زوج أُمِّه جفاء، فيسقط حقها للمضرَّة»، الاختيار ٤/١٥؛ وقال الطحاوي: «... وكلَّما تزوَّجت واحدة ممَّن ذكرنا أحدًا، لا رحم محرمة بينه وبين من تحضنه ....، انقطع حقها من الحضانة ...»، مختصر الطحاوي ص٢٢٦. وقد ذكر المؤلف المسألة في الصفحة التالية.

الحضانة بعد الجدّة

(ثم الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم)، وقال زفر: الأخت لأم تشارك الأخت لأب وأم؛ لأنه لا حق لقوم الأب مع قوم الأم، وقد استويا في قرابة الأم، وإنا نقول: قد استويا في العلة، فتترجَّح الأخرىٰ بقرابة الأب، وإن لم تكن علّة، ألا ترىٰ أن الأخ لأب لا يزاحم الأخ لأب وأم، وإن كانت قرابة الأم هدرًا في [باب] التعصيب.

فإن لم تكن، فالأخت لأب، وذكر في كتاب الطلاق: أن الخالة أولىٰ من الأخت لأب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الخالة أم**»[1]؛ ولأن في الحضانة قرابة الأم تتقدم على قرابة الأب، والخالة تدلي بالأم، فكانت أولىٰ.

وجه هذه الرواية: أن الأخت لأب أقرب من الخالة، فكانت أولىٰ، وكذلك بنات الأخت لأب وأم، أو لأم، أولىٰ من الخالات.

واختلفت الروايات في بنات الأخت لأب، والصحيح: أن الخالة أولىٰ من ولد الأخت لأب، وأولىٰ الخالات من كانت لأب وأم، ثم من كانت لأم، ثم لأب.

[١٠٨/ب]

الحضانة في الخالات وبنات الأخ

والخالات وبنات الأخ أولىٰ من العمات؛ لمكان القرب، والعمات أيضًا على الترتيب الذي ذكرنا، والعمة أولىٰ من ولد الخالة.

وبنات الأخت أولىٰ من بنات الأخ؛ لأن الأخت لها حقٌّ في الحضانة دون الأخ، فكان المدلي بها أولىٰ، والخالة أولىٰ من بنت الأخ؛ لأن الخالة تدلي بالأم، وبنت الأخ تدلي بالأخ.

---

(١) «الحديث أخرجه ابن سعد من رواية جعفر بن محمد، عن أبيه مرسلاً، وأبو داود من وجه آخر عن عليٍّ بلفظ: «الخالة أم»، وللبخاري من حديث البراء بلفظ: «الخالة بمنزلة الأم» (٢٥٥٢)»، كما في الدراية ٢/٨١.

ومن ماتت منهن أو تزوَّجت بأجنبي، بطل حقها، فإن مات عنها زوجها، أو أبانها، عاد حقها في الحضانة.

إنْ سقط حق النساء آل الأمر إلى العصبات

وإن سقط حق النساء بالتزوُّج أو بالموت، وآل الأمر إلى العصبات، يقدم الأقرب فالأقرب: الأب، ثم الجد أب الأب وإنْ علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم أولادهما على هذا الترتيب.

وكل ذَكَر لم يكن عصبةً كأب الأم وغيره، لا حق له، إلَّا إذا لم يكن هناك عصبةٌ، فحينئذٍ كان له حق الحضانة في رواية الحسن عن أبي حنيفة، والأخ لأم أولىٰ من الخال؛ لأنه أقرب إلى الصغير.

ثم الصغير يدفع إلى كل وَلِيٍّ مَحْرَمًا كان أو لم يكن، والصغيرة لا تدفع إلَّا إلى المحارم، فلا تدفع الصغيرة إلى بني الأعمام، وكذلك الصغير يدفع إلى مولىٰ العتاقة، والصغيرة لا تدفع؛ لأنه لا يؤمن على الصغيرة من لا يكون مَحْرَمًا.

مدّة أحقيّة الأم في الحضانة: بالغلام والصغيرة

ثم الغلام إنما يكون عند الأم، وكانت الأم أولىٰ به ما لم يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، وذكر في «النوادر»: ويستنجي وحده؛ لأن ذلك دليل الاستغناء عنها.

وذكر الخصاف رحمه الله في النفقات: أن الصغير يكون عند الأم حتى يبلغ سبع سنين؛ لأنه إذا بلغ سبع سنين، يستنجي وحده، وقال عليه الصلاة والسلام: «**مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعًا**»[1]، والأمر بالصلاة لا يكون إلَّا بعد القدرة على الطهارة.

---

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند ٢/١٨٠؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢/٢٢٨؛ وأخرجه أبو داود أيضًا، كلهم من حديث عمرو. انظر: نصب الراية ١/٢٩٦.

وذكر أبو بكر الرازي: أن الغلام يكون عند الأم حتى يبلغ تسع[١] سنين؛ لأنَّه لا يستغني قبل ذلك عادةً.

وأما الصغيرة فالأم أحق بها ما لم تَحِضْ، بخلاف الغلام؛ لأن [الغلام] بعد الاستغناء يحتاج إلى تعلُّم الآداب والعلوم، والتخلُّق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدرُ، أما الجارية بعد الاستغناء، تحتاج إلى تعلُّم آداب النساء: من الطبخ، والغزل، وغير ذلك، والأم على ذلك أقدرُ، وفي ذلك أهدىٰ، فإذا حاضت تحتاج إلى الحماية والصيانة والتزويج، والأب على ذلك أقدرُ، وذكر هشام: أن الجارية تكون عند الأم حتى تبلغ حد الشهوة، وهكذا ذكر الخصاف في النفقات عن أبي يوسف، ولم يُقَدِّروا لذلك وقتًا، قالوا: إذا بلغت مبلغًا تجامع مثلها، تصير مُشتهاةً، وذلك يختلف باختلاف حال المرأة، في السِّمَنِ والهُزَال، والقوة والضعف.

وكل ما ذكرنا في حق الأم، فكذلك في حق الجدتين.

تَرْك الجارية لدى الخالات والعمات إلى أن تأكل

فإن كانت الجارية عند غير الأم والجدتين: نحو الخالات، والعمات، والأخوات، فإنها تترك عندهنَّ إلى أن تأكل وحدها، وتشرب وحدها، وتلبس وحدها، ثم تدفع إلى الأب، وهي والصغير سواء؛ لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلُّم آداب النساء، إلَّا أن فيه نوع استخدام للصغيرة، وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام، فتدفع إلى الأب؛ احترازًا عن المعصية.

للأب أن يضم البكر إلى نفسه وإن أبت

وللأب أن يَضُمَّ البكر إلى نفسه وإن أبت، مأمونةً كانت أو غير مأمونة؛ لأنها ما اختبرت الرجال، فكان الاحتياط في إمساكها، وإن بلغت ثيِّبًا، فإن كانت مأمونةً؛ ليس للأب أن يضمّها إلى نفسه، وإن كانت غير مأمونة، كان له أن يَضُمَّ، وكذلك الغلام، هذا إذا طلبت الأم أو غيرها أن يكون الولد عندها.

---

(١) في د (سبع).

إن امتنعت الأم عن أخذ الولد بعد الاستغناء

فإن امتنعت عن أخذ الولد، لا تُجبَر على ذلك؛ لأنها عسىٰ أنْ لا تقدر على الحضانة، بخلاف الأب، فإنه لو امتنع عن أخذ الولد من الأم بعد الاستغناء، يُجبَر عليه؛ لأن النفقة والصيانة واجبةٌ عليه.

وكل ما ذكرنا في الطلاق، فكذلك في الموت، ولو مات الرجل عن ولد صغير، كانت الأم أولىٰ به، فإن تزوجت أو ماتت، فأم الأم أولىٰ على الترتيب الذي ذكرنا.

الكتابية والمجوسية في الحضانة

(والكتابية والمجوسية في الحضانة بمنزلة المسلمة)؛ لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة، والشفقة لا تختلف باختلاف الدين.

ومن المشايخ من قال: إذا كانت الأم كافرةً، ويعقل الولد، يُؤخَذ منها غلامًا كان أو جاريةً؛ لأنها تُعلِّمه الكفر، فيتضرَّر الولد بذلك.

الأم المرتدَّة في الحضانة

وإن كانت الأم مرتدةً لا حضانة لها؛ لأنها تُحبَس، فيتضرَّر الولد.

[١٠٩/أ]

(وأم الولد إذا أعتقها مولاها، فهي في الحضانة بمنزلة الحرة الأصلية)؛ لمكان الشفقة.

وإذا وقعت الفُرْقة بين المملوكة وبين زوجها، وبينهما ولدٌ، كان لمولىٰ الأم أن يأخذ الولد؛ لأنه ملكه، فيكون أولىٰ به، وكذلك حال قيام النكاح، مولىٰ الأم يكون أولىٰ بالولد وإنْ كان زوج الأمة حرًّا؛ لأن الولد يتبع الأم في الرِّقِّ والحُرِّيَة، فيكون الولد مملوكًا لمولىٰ الأم، إلَّا أنه لا يفرق بين الولد وأمه؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا.

لا يفرّق بين الولد وأمّه

وقال الشافعي: إذا وقعت الفرقة بين الزوجين، وبينهما ولدٌ صغيرٌ، خُيِّر الولد غلامًا كان أو جاريةً، ويُدفَع إلى مَنْ يختاره الولد[1]؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه: «**أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم خيَّر غلامًا بين الأبوين**»[2].

وإنا نقول: بأنَّ الصغير لا يعرف المصلحة، وهذا أمرٌ يتردد بين النفع والضرر، وأما الحديث، قلنا: إن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم دعا له بعد التخيير، وقال: «**اللهم اهْدِه**»[3]، فاختار الأم ببركة دعاء رسول الله، فأمضىٰ اختياره؛ لأنه اختار ما اختاره الشرع.

(رجل تزوّج امرأةً من أهل الشام بالشام، فقدم بها الكوفة، فولدت منه أولادًا، ثم طلَّقها ثلاثاً، وانقضت عدتها، فلها أنْ تخرج بأولادها إلى الشام من غير رضا الأب، وإن كان تزوجها بالكوفة، وهي من أهل الشام، لم يكن لها أن تخرج بأولادها من الكوفة).

وهذه المسألة بناءً على ما تقدم: أن الأم أحق بالولد الصغير، فإن أرادت الانتقال من موضع إلى موضع، فالمسألة على وجوه: إمَّا أن أرادت الانتقال من مصر إلى مصر، أو من قرية إلى قرية، أو من القرية إلى المصر، أو من المصر إلى القرية.

---

(١) قال النووي: «والمميز إن افترق أبواه، كان عند من اختار منهما ...»، المنهاج ص٤٦٦.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٧)، وقال: «حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٥١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣/٨؛ نصب الراية ٢٦٨/٣؛ الدراية ٨٢/٢.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٤٤٧/٥؛ وأخرجه أبو داود (٢٢٧١)؛ والنسائي (٣٤٩٥)؛ وابن ماجه (٢٣٥٠). انظر: نصب الراية ٢٦٩/٣.

فإن أرادت الانتقال من القرية التي وقع فيها النكاح إلى قرية أخرىٰ من قرىٰ المصر، فإن كانت قريبةً بحيث لو أراد الزوج أن يطالع ولده، يمكنه أن يرجع إلى منزله، ويبيت فيه، كان لها ذلك، وإلَّا فلا، كما لو أرادت الانتقال من السِّكَّة إلى السِّكَّة.

وكذا لو أرادت النقل من القرية التي كان فيها النكاح إلى المصر، إن كان بينهما قُرْب على هذا الوجه الذي ذكرنا، كان لها ذلك، وهذا والأول سواء، بل أولىٰ؛ لأن فيه صلاح الولد.

وإن أرادت الانتقال من المصر الذي عقد النكاح فيه إلى القرية، ليس لها ذلك وإن كانت قريبة؛ لأن فيه فساد الولد؛ لأنه يتخلَّق بأخلاق أهل القرىٰ، والزوج ما التزم ذلك؛ لأنه ما عقد النكاح في القرية، حتى لو أرادت الانتقال من المصر إلى القرية التي وقع النكاح فيها، كان لها ذلك.

وإن أرادت الانتقال من المصر إلى المصر، فإن لم يكن المصر الذي تريد الانتقال إليه مصرها، ولا مكان النكاح أيضًا، ليس لها ذلك؛ لِمَا نُبيِّن، وإن كان ذلك مصرها وقد عقد النكاح فيه أيضًا، [كان] لها ذلك بالاتفاق.

العقد الذي يوجب الحكم بنفسه، إذا وجد في مكان يوجب أحكامه

والأصل فيه: أن العقد الذي يوجب الحكم بنفسه، إذا وجد في مكان يوجب أحكامه في ذلك المكان؛ ولهذا قلنا: إن مكان البيع يتعين لتسليم المبيع، فإذا عقد النكاح في مكان، والأولاد من ثمرات النكاح، كان موجبًا استحقاق إمساك الولد في ذلك المكان، والعادة تُؤيِّد ذلك، فإن من تزوج ببلدة، يكون مقيمًا بها، قال عليه الصلاة والسلام: «**من تأهَّل ببلدة، فهو منها**»[1]، وأولياء المرأة لا يمكنونه من إخراجها، فيكون ملتزمًا قراره وقرار

(١) «أخرجه ابن أبي شيبة، وأبو يعلىٰ، من حديث عثمان مرفوعًا، ولأحمد: «من تأهَّل في بلد، فلْيُصَلِّ صلاة مقيم»»، الدراية ٢/ ٨٢.

أولاده فيها عادةً، فإذا أرادت الانتقال إلى مصرها، ولم يكن النكاح بمصرها، لم يكن لها ذلك بالاتفاق؛ لأنه لم يُوجَد الالتزام.

وإن أرادت الانتقال إلى مصر وجد النكاح فيه، ولم يكن ذلك مصرها، ذكر هذا في الكتاب: أن لها ذلك؛ اعتبارًا بمكان العقد، وذكر في كتاب الطلاق من «الأصل»: أنه ليس لها ذلك.

فعلىٰ رواية «الأصل»: شرط لولاية النقل شرطين: أن يكون ذلك مصرها، وأن يكون عقد النكاح فيه، وهو الصحيح؛ لأن في نقل الأولاد ضررٌ بالأب، فلا تملكه المرأة إلَّا بالالتزام، وإذا وجد النكاح في غير مصرها، وقع الشك في الالتزام؛ لأن من تزوج امرأةً في غير مصرها، لا يقصد المقام معها في ذلك المكان؛ لأنها لا تمكث في دار الغُرْبة عادةً، حتى يقصد الزوج المقام معها في مكان العقد، وهذا إذا كان بين المصرين بُعْدٌ ومسافةٌ.

فأما إذا تقاربا على الوجه الذي ذكرنا، لا يتضرر الزوج، فكان لها ذلك. [والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

❖❖❖

بَابُ
الاخْتِلَافِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت قبل الطلاق، أو بعده

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت قبل الطلاق، أو بعده، وكل واحد منهما يدّعي الكل لنفسه، اتفق أصحابنا رحمهم الله: أن ما يكون للرجال كالعِمَامَة، والقَلَنْسُوة، والخُفَّيْن، والسِّلَاح، والكُتُب، يكون للرجل مع يمينه؛ لمكان الظاهر، وما يكون للنساء كالوقاية، والمِغْزَل، والملاءة[1]، يكون للمرأة [مع يمينها] بحكم الظاهر. [١٠٩/ب]

واختلفوا فيما يكون لهما: كالرَّقِيق، والمنزل، والغنم السائمة، والبقر، والإبل، والأواني، والأمتعة، قال أبو حنيفة ومحمد: القول فيه قول الزوج مع يمينه، وقال أبو يوسف: القول قولها مع اليمين فيما يُجهَّز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهدٌ لها إلى جهاز مثلها، فيكون القول قولها مع اليمين في ذلك.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن المرأة وما في يدها في يد الزوج، فكان القول فيه قول الزوج، كرجلين تنازعا في امرأة وهي في بيت أحدهما، كان القول قول صاحب اليد، بخلاف ما يصلح لها؛ لأن ثمّة وجد للمرأة ظاهرٌ فوق يد الزوج، فجعلنا القول قول المرأة في ذلك، كما لو اختلف الأجير والمستأجر في متاع الحانوت، كان القول قول المستأجر، وليس للأجير إلَّا ثياب بدنه؛ لِمَا ذكرنا.

---

(١) في ج (والمرأة).

ولا يجوز تحكيم الجهاز؛ لأن الجهاز قد يكون، وقد لا يكون، وقد يبقىٰ، وقد لا يبقىٰ، وهذا إذا اختلف الزوجان.

وإن مات أحدهما واختلف الباقي مع الورثة

(وإن مات أحدهما، واختلف الباقي مع الورثة، قال أبو يوسف ومحمد: الجواب فيه كالجواب في الفصل الأول: ما يكون للرجال، يكون للرجل أو لورثته، وما يكون للنساء، يكون للمرأة أو لورثتها).

المُشْكِلُ يكون لمن؟

وأما المُشْكِلُ **(على قول محمد: يكون للزوج أو لورثته، وقال أبو يوسف: يُحكَّم بجهاز مثلها)** في المشكل، كما في حالة الحياة؛ لأن وارث الميت قائمٌ مقامه.

وقال أبو حنيفة: المشكل للحي منهما، رجلاً كان أو امرأةً، أما إذا كان الرجل هو الحي؛ فلأنهما لو كانا حَيَّيْنِ، كان القول فيه قول الزوج، فهاهنا أولىٰ، وإن كان الزوج ميتًا، فالمال للمرأة هاهنا؛ لأن المال في يدها حقيقةً، إلَّا أن في حياة الزوج، المرأة تكون في يد الزوج، فما في يدها يكون في يده، أما بعد موت الزوج، لا يد للميت عليها، بقي وارث الميت مدعيًا ما في يد المرأة، وهي تنكر، فيكون القول قولها.

إن كان أحد الزَّوجين رقيقاً

(فإن كان أحد الزَّوجين رقيقاً، إن كان مأذونًا له في التجارة، أو مكاتبًا، فعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد: الجواب فيه كالجواب في الحرَّين في الحياة والموت)؛ لأن لكل واحد منهما يدًا معتبرةً؛ ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في أيديهما، يُقضىٰ به بينهما؛ لاستوائهما في اليد، بخلاف ما لو كان محجورًا، ألا ترىٰ أن الحر مع المحجور لو اختصما في شيء في أيديهما، يُقضىٰ به للحر؛ لأنه لا يد للمحجور، **(وعند أبي حنيفة، المال للحر منهما)**، رجلًا كان أو امْرَأة.

ولأبي حنيفة: أنهما تنازعا في مال تثبت يدهما عليه بسبب النكاح، فصار كما لو تنازعا في حكم من أحكام النكاح، والمأذون والمكاتب بمنزلة المحجور في أحكام النكاح؛ لأن الإذن لا يتناول النكاح.

ولو وقع الاختلاف بعد موت أحدهما في هذا الفصل، فالقول قول الحي منهما، حرًّا كان أو مملوكًا، أما إذا كان حرًّا؛ فلأنهما لو كانا حَيَّيْنِ، كان للحُرِّ، فهاهنا أولىٰ، وأما إذا كان الحي هو المملوك؛ فلأنه لا يد للميت، حتى لا تعتبر يد المملوك عند المقابلة.

أقوال الأئمة في اختلاف الزوجين في متاع البيت

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، كان للمرأة ما عليها من ثياب بدنها، والباقي للزوج، وقال مالك، وهو أحد قولي الشافعي: الكل بينهما نصفان، وقال زفر: ما يصلح للرجل، فهو له، وما يصلح للنساء: فهو للمرأة، والمشكل بينهما نصفان، وهو أحد قولي الشافعي، وقال الحسن البصري: إن كان في بيت الزوج، فالكل له، وللمرأة ما عليها من ثياب بدنها، وإن كان في بيت المرأة، فالكل لها، وللزوج ما عليه من ثيابه، والحجج تعرف في «المبسوط»[1].

---

(١) انظر: الحجة ٤/٤٦؛ المدونة ٤/٢٦٧؛ مختصر المزني ١/٣١٨.

بَابُ
الحَيْضِ

الحُمرة، والصُفرة في أيام الحيض

قال: (الحُمْرَةُ والصُّفْرَةُ والكُدْرَةُ في أيام الحيض، حيضٌ، تقدَّمت الكدرة على الدم أو تأخَّرت، وقال أبو يوسف: إن تقدَّمت لا يكون حيضًا)؛ لأن كدرة الشيء يتبع الصافي، ويكون في آخر الوعاء، لا في أوله، فإذا تقدم لا يكون حيضًا.

ولنا: ما روي عن عائشة رضي الله عنها: «**أنها جعلت ما سوىٰ البياض الخالص حيضًا**»[١]، وما قال أبو يوسف، قلنا: هذا إذا كان الثقب من الأعلىٰ، أما إذا كان الثقب من الأسفل، فالكدرة تخرج أَوَّلاً، والرَّحِمُ منكوسٌ، فتخرج الكدرة أولاً، ثم الصافي.

ألوان ما تراه المرأة ستة:

ألوان ما تراه المرأة ستة: السَّوَاد، والصُّفْرَة، والحُمْرَة، والصُّفْرَة: وهي ما تكون كلون القَزِّ أو لون البُسْر[٢]، أو لون التِّبْن، والكُدْرَة: وهي ما تكون على لون الماء الكَدِر، والتربة، والبياض الخالص.

---

(١) «رواه مالك، وعنه محمد بن الحسن في موطَّأيهما، عن علقمة»، الموطَّأ لمحمد بن الحسن، ص٥٣؛ «وعبد الرزَّاق في مصنَّفه»، كما في نصب الراية ١/١٩٣.

(٢) في ج (السنّ).

فالثلاث الأُوَل، حيضٌ؛ لِمَا رُوِينا من حديث عائشة رضي الله عنها، والكدرة على الاختلاف الذي ذكرنا.

وأما التَرِيَّة: ما يكون على لون الرَّيَّة، وفيها لغات كثيرة: مكسورة الراء، مخففَّة ومشددة، غير مهموزة، ومهموزة بجزم الراء، ومهموزة بكسر الراء وممدودة، وقيل: هي تُربِيَّة: وهي ما يكون على لون التراب[1]، وقيل: إنها حيضٌ عند الكل على كل حال؛ لِمَا رُوِيَ عن أم عطية أنها قالت: «**كنا نعُدُّ التربة حيضًا**»[2]، وقيل: حكمها حكم الكدرة. [١١٠/أ]

ولم يذكر الخُضْرَة في «الأصل»، وأنكر بعض مشايخنا وجوده، وعن أبي عَلِيٍّ الدقاق: أنه جعلها بمنزلة الكدرة، فإن كانت كبيرةً، نحكم بإياسِها إذا رأت الخضرة، ولا تكون حيضًا، وتحمل على فساد الرَّحِمِ.

امرأة أيام حيضها خمسة فرأت الدم عشرة أيام

(**امرأة أيام حيضها خمسة، فرأت الدم عشرة أيام، فالكل حيضٌ، فإن زاد على العشرة، فهي مُسْتَحَاضَة، إلَّا في أيامها الخمسة**)، فإن الحيض لا يزيد على العشرة عندنا، ولا ينقص من ثلاثة أيام، فإذا زاد يكون استحاضةً.

حيض المستحاضة

وحيض المستحاضة أيامها المعروفة، وقال عليه الصلاة والسلام: «**المستحاضة تَدَعُ الصلاة أيام أقرائها**»[3]، أي: أيام حيضها، وأيام أقرائها في مسألتنا، كانت خمسةً.

---

(١) انظر: المغرب (رأى).

(٢) لم أجده إلَّا ما أورده السرخسي في مبسوطه ١٥٠/٣، وذكر ابن المنذر عن أم عطيَّة قالت: «كُنَّا لا نعدُّ التربة شيئًا الكدرة والصفرة بعد الغسل»، الأوسط ٢٣٥/٢.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٩٧)؛ والترمذي (١٢٦)؛ وابن ماجه (٦٢٥)؛ والدارقطني ٢٠٨/١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣٣١/١، من حديث جد عدي بن ثابت، ومن حديث أم سلمة. انظر: نصب الراية ٢٠١/١.

ما تراه الحامل استحاضة

(وما تراه الحامل استحاضةٌ وليس بحيض)، وقال الشافعي: حيضٌ[1]؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِۖ قُلْ هُوَ أَذًى﴾ [البقرة: ٢٢٢]، فَسَّر الحيض بالأذىٰ.

ولنا: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «**ما تراه الحامل من الدم، لا يكون حيضًا**»[2]، والظاهر أنها تقول سماعًا.

وأمَّا الآية فلنا: أن كل ما يكون حيضًا يكون أذًى، لا كل ما يكون أذًى يكون حيضًا؛ ولأن الحيض: اسمٌ لدم يخرج من الرحم، وفم الرحم ينسدُّ بالولد، ويكون الدم غذاءً له في مجرىٰ العادة، فلا يتصور خروج الدم قبل خروج الولد، وكذلك الدم المرئي في الطَّلْق قبل خروج الولد، لا يكون حيضًا، ولا نِفَاسًا، بل يكون استحاضةً.

ما يخرج مع الولد

فأمَّا ما يخرج مع الولد، يكون نفاسًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعن محمد: إذا خرج رأس الولد أولاً، فما لم يخرج نصفه، لا يكون نفاسًا، وإن خرج رجلاه أولاً، فما لم يخرج أكثره، لا يكون نفاسًا؛ لأنَّ المعتبر خروج الولد، إلَّا أنَّ [للأكثر] حكم الكل، وللرأس مع نصف البدن، حكم الكل.

لو ولدت ولدًا وفي بطنها ولد آخر

(ولو ولدت ولدًا وفي بطنها ولد آخر، فالنفاس من الأول وإنْ كان بين الولدين أربعون يومًا، وقال محمد وزفر: النفاس من الثاني).

---

(١) انظر: المنهاج ص٨٩.

(٢) روىٰ محمد عن إبراهيم قال: (الحُبلىٰ تصلِّي أبدًا ما لم تضع وإن رأت الدم؛ لأن دم الحُبلىٰ لا يكون حيضًا)، الآثار ١/٧٥.

لمحمد وزفر: أن دم الحامل لا يكون حيضًا، فلا يكون نفاسًا؛ إذْ كل واحد لا يخرِج إلَّا بعد فراغ الرَّحِمِ؛ ولهذا (**لا تنقضي العدة إلَّا بوضع الولد الثاني**).

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن النفاس: دمٌ يخرج من الرَّحِم بتنفُّس الرَّحِم بالولد، وقد تنفَّس الرَّحِم بالولد الأول، وانفتح فمه، فيكون نفاسًا.

فعلىٰ قولهما: إذا كان بين الولدين أربعون يومًا، لم يكن للولد الثاني نفاس؛ لأن النفاس لا يزيد على الأربعين، وإنما لا تنقضي العدة بالولد الأول؛ لأن الله تعالىٰ علّق انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل، والحمل اسمٌ للكل. [والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

***

بَابُ
العِنّيْنِ

فِي البَابِ فَصْلَانِ : العِنِّيْنُ، واللِّعَانُ

تعريف العِنِّين

العِنِّين: هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، فإن كان يصل إلى الثيب دون البكر، أو إلى بعض النساء دون البعض؛ لضُعف طبيعته، أو كِبَر سِنّ، أو سِحْر: فهو عنينٌ في حق مَنْ لا يصل إليها؛ لفوات المقصود في حق من لا يصل إليها.

إذا خاصمت المرأة زوجها إلى القاضي وادّعت أنها بكر

(وإذا خاصمت المرأة زوجها إلى القاضي، وادّعت أنها بكر لم يصل إليها الزوج، وادَّعىٰ الزوج الوصول، فالقاضي يُرِيْها النساء، فإن قلنَ : هي ثيب، كان القول قوله مع اليمين)؛ لأنها تَدَّعي حق الفرقة بسبب العُنَّة، والظاهر هو السلامة عن العُنَّة، فكان الظاهر شاهدًا له، ولكن مع اليمين؛ لأن الثِّيَابة وإن ثبتت بشهادة النساء، لم تثبت بوصوله إلَّا بحكم ظاهر، فيحلف، **(وإن قلنَ : هي بكر، أجَّله القاضي سنةً)**؛ لأن شهادتهن تأيَّدت بمؤيَّدٍ، وهو الأصل؛ لأن البكارة أصلٌ.

إذا أَقرَّ الزوج أنه لم يصل إليها

وكذا إذا أَقَرَّ الزوج أنه لم يصل إليها، أَجَّله القاضي سَنَةً، عُرف ذلك بقضاء جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، منهم: عمر، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم[1]؛ ولأنَّ الظاهر أنَّ عدم الوصول يكون لداء في باطنه، فإذا وافقه فصلٌ من فصول السنة يزول؛ ولهذا يُؤجَّل سنةً شمسيةً: ثلاث مئة وخمسة وستون يومًا، حتى يمضي عليه أربعة فصول كوامل.

ويُؤجَّل سنةً من وقت التأجيل، ولا يحتسب ما مضىٰ من الزمان قبل التأجيل، ويحتسب في هذه السنة أيام حيضها، وشهر رمضان؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم لمّا قَدَّرُوا بالسَّنَةِ مع علمهم أن السنة لا تخلو عن ذلك عادةً، فقد اتفقوا على أنها تحتسب من الأجل.

إن مرض الزوج في السنة مرضًا لا يستطيع الجماع

فإن مرض الزوج في السنة مرضًا لا يستطيع الجماع، أو مرضت المرأة مرضًا لا تجامع، فعن أبي يوسف: أنه إن زاد المرض على نصف الشهر، لا يحتسب عليه، وإن كان نصف الشهر، يحتسب عليه؛ لأن شهر رمضان محسوب عليه مع عجزه عن الجماع في الشهر، علم أن نصف الشهر محسوب عليه، وعنه في رواية: [إذا كانا صحيحين] في شيء من السنة، وإن كان يومًا، يحتسب عليه زمان المرض.

[١١٠/ب] وعلى قول محمد: الشهر وما فوقه لا يحتسب عليه، ويبدل من السنة الثانية، وما دون الشهر يحتسب عليه؛ لأن الشهر وما فوقه كثيرٌ، وما دونه قليلٌ في حق [الحكم][2].

وإن حُبس الزوج بدَيْنِها، أو بدين غيرها، فإن كان يتمكَّن من غشيانها في الحبس، يحتسب عليه، وإن امتنعت عن الذهاب إلى السجن، لا يحتسب عليه.

---

(١) انظر الآثار في ذلك عند هؤلاء الصحابة رضي الله عنهم: موطَّأ مالك (١٢١٦)؛ والسُّنن الكبرىٰ للبيهقي ٢٢٦/٧.

(٢) في أ (الخصم)، وفي ج (في حكم الحاكم)، والمثبت من ب، د.

إن جاءت المرأة إلى القاضي بعد مُضِيِّ المدّة

فإن جاءت المرأة إلى القاضي بعد مُضِيِّ الأجل، وادَّعت أنه لم يصل إليها، وادعىٰ الزوج الوصول، فإن كانت ثيبًا [في الأصل]، كان القول قوله مع اليمين؛ لأنه لم يثبت الوصول ولا عدم الوصول، فبقيت المرأة مُدَّعِيَة حقّ الفرقة، والزوج ينكر، فكان القول قوله مع اليمين، فإن حلف، بطل حقها، وإن نكل، خيّرها القاضي.

قالت المرأة: أنا بِكْرٌ

وإن قالت المرأة: أنا بِكْرٌ، نظر إليها النساء، الواحدة تكفي، والثنتان أحوط، وطريق معرفة ذلك: أن تدفع إلى قُبُلِها أصغر بيضة من بيض الدجاج، فإن دخلت من غير عُنْفٍ، فهي ثَيِّبٌ، وإن لم تدخل، فهي بِكْرٌ، وإنما يقبل قول النساء[1] في ذلك؛ لمكان الضرورة، فإن قلنَ: هي ثيب، كان القول قوله مع اليمين؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ الثِّيَابَة إنْ تثبت بشهادة النساء، لم تثبت وصول الزوج، فيحلف.

إن قلنَ النساء: هي بكر، أو أَقَرَّ الزوج أنه لم يصل إليها

(فإن قلنَ: هي بكر، أو أَقَرَّ الزوج أنه لم يصل إليها، خيّرها القاضي في الفرقة)؛ لأنه فات مقصود المرأة من النكاح: وهو الولد، وثبوت الإحصان، وغير ذلك، وفوات المقصود بالعقد يوجب حق الفسخ، فإن اختارت زوجها، أو قامت عن مجلسها بعد التخيير، أو أقامها أعوان القاضي، أو قام القاضي قبل أن تختار شيئًا، بطل خيارها؛ لأن تخيير القاضي بمنزلة تخيير الزوج، فَيَتَقَيَّدُ بالمجلس.

وإن اختارت الفرقة في المجلس، وقعت الفرقة كما اختارت في رواية عن أبي يوسف ومحمد، كما لو خَيَّرها الزوج، فاختارت الطلاق، وفي ظاهر الرواية: أن لا يقع؛ لكن القاضي يأمر الزوج بالتطليق، فإن أبىٰ، فرّق القاضي بينهما؛ لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف، فتعيَّن عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع، ناب القاضي منابه.

---

(١) في ج (تقبل شهادة النساء).

تكون الفرقة فسخًا أو طلاقًا؟

ويكون فسخًا عند الشافعي[1]، وعندنا: يكون طلاقًا بائنًا؛ لأنها جاءت من قبل الزوج، فيكون طلاقًا، وكل فرقة من قِبَلِ الزوج تكون طلاقًا، إلَّا الردّة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: رِدَّة الزوج طلاقٌ، ورِدَّة المرأة وإباؤُها لا يكون طلاقًا.

إباء الزوج عن الإسلام: طلاق

وإباء الزوج عن الإسلام طلاقٌ في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يكون طلاقًا، وإذا فرَّق القاضي بينهما، استحقَّت كل المهر، وعليها العدة؛ لوجود الخلوة وتسليم المبدَّل.

إذا وجدت زوجها عِنّيْنًا، ولم تخاصم زمانًا

وإذا وجدت زوجها عِنّيْنًا، ولم تخاصم زمانًا، لم يبطل حقها، وكذا لو رفعت الأمر إلى القاضي، وأجَّله القاضي سنة، ولم تخاصم زمانًا بعد مُضِيِّ الأجل؛ لأنها لا تقدر على الخصومة في كل وقت؛ ولأن ذلك قد يكون للتجربة والامتحان، لا لأجل الرضا، وإن وطئها [مَرَّة]، ثم عجز بعد ذلك، لا خيار لها؛ لأن ما هو المقصود: وهو تأكد المهر والإحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة، وما زاد على ذلك فهو مستحقٌ ديانةً لا حكمًا.

لو تزوج امرأة وطلقها بعد الدخول، ثُمَّ تَزوَّجها فلم يصل إليها

ولو تزوَّج امرأةً وطلَّقها بعد الدخول، ثُمَّ تَزوَّجها بعد ذلك، فلم يصل إليها، كان لها الخيار؛ لعدم الرضا، ولو فرّق القاضي بينهما، وهي تَدَّعي عدم الوصول[2]، وشهدت النساء على البكارة، ثم أقام الزوج شاهدين على إقرارها بالوصول، بطلت الفرقة؛ لأنه ظهر أنه لم يكن للقاضي ولاية التفريق، وكذا لو ولدت لأقل من سنتين من وقت التفريق، بطل التفريق؛ لأن هذا الولد ثابت النسب منه، وحكم الشرع بثَبات النسب، حكمٌ بالدخول.

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٩٠.

(٢) في ب (وهي تدَّعي الوُصُول)، وفي د (وهو يدَّعي الوُصُول).

وإن أقرت المرأة بعد تفريق القاضي أنه كان وصل إليها، لم يبطل التفريق؛ لأنها مُتَّهَمَةٌ في إبطال القضاء.

الخَصِيُّ بمنزلة العنين

والخَصِيُّ بمنزلة العنين؛ لأنه يتصور منه الوطء. وإنْ كان مجبوبًا، خُيِّرَت المرأة في الحال، ولا يؤجَّلُ؛ لأن التأجيل لا يفيد.

لو كان الزوج عِنّينًا والمرأة رتقاء

ولو كان الزوج عِنِّينًا، والمرأة رتقاء، لم يكن لها حق الفرقة؛ لوجود المانع من قِبَلِها.

ولا يثبت الخيار للمرأة بعيوب الزوج، إلَّا بالجَبِّ والعُنَّة، وعند محمد: بهما، وبالجُنُون، والجُذَام أيضًا، وعند الشافعي: بهذه والبَرَص أيضًا.

فسخ النكاح بعيب في المرأة

ولا يفسخ النكاح بعيب في المرأة عندنا، وعند الشافعي: يفسخ بالجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والمسألة معروفة(١).

ولو وجدت المرأة زوجها الصبي عِنِّينًا، لا يُؤجَّل قبل البلوغ؛ لأنه يصل إليها بعد البلوغ ظاهرًا.

الخُنثَىٰ إذا كان يبول من مَبَال الرجال

الخُنثَىٰ إذا كان يبول من مَبَال الرجال، جاز له أن يتزوَّج، فإن لم يصل إلى امرأته، يُؤجَّل؛ لأنه يُرجىٰ منه الوصول.

[١١١/أ] زوج الأمة إذا كان عِنِّينًا، فالخصومة في ذلك إلى مولىٰ الأمة في رواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف؛ لأن مقصود المولىٰ من إنكاح الأمة: الولد، وقد فات ذلك، فكان له الخيار، وقال زفر: الخصومة في ذلك للأَمَة؛ لأن المقصود قضاءُ الشهوة، وقضاءُ الشهوة حقُّها.

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٩٠.

وَأَمَّا الفَصْلُ الثَّانِيْ

الفصل الثاني
أهلية اللِّعان، وسببه

يحتاج في هذا الفصل إلى معرفة أهلية اللِّعَانِ، وسببه، وصورته، وشرطه، وحكمه.

فأهل اللِّعَانِ عندنا: من كان أهلاً للشهادة، فلا يجري اللعان عندنا بين زوجين مملوكين، أو أحدهما مملوك، أو صبي، أو مجنون، أو محدود في قذف، أو كافر؛ لأن اللعان عندنا: شهاداتٌ مؤكَّداتٌ بالأيمان بكتاب الله تعالىٰ، وقد انعدمت أهليةِ الشهادة في هذه الفصول.

ويجري اللِّعَانُ: بين الفاسقين، والأعميين؛ لأنهما من أهل الشهادة؛ ولهذا ينعقد النكاح بحضرتهما.

وعند الشافعي: اللِّعان أيمانٌ مؤكداتٌ بالشهادة، فمن كان أهلاً لليمين، يكون أهلاً للِّعَانِ عنده[1].

وسبب اللِّعَان: قذف الزوج امرأته قذفًا يوجب الحد في الأجانب، فيجب اللِّعان.

ويكون اللِّعَان في جانب الرجل قائمًا مقام حد القذف، وفي جانب المرأة بمنزلة حد الزنا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾، إلى أن قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦]، ذكر بحرف الفاء، وحرف الفاء للجزاء.

---

(١) انظر: المهذب ٤/٤٦٢؛ المنهاج ص٤٤٢.

شرط اللعان وصورته

وشرط اللِّعَان: النكاح، حتى لو طلَّقها بعد القذف، لا يجري اللِّعان بينهما.

وصورة اللِّعَان: أن المرأة إذا خاصمته إلى القاضي بعد القذف، يأمره القاضي باللِّعان، يقوم الرجل فيشهد أربع شهادات: بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا، ويقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات: بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا، والخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه ذكر لفظة المخاطبة، فيقول: فيما رميتك به؛ ليكون أبلغ، والقيام ليس بشرط، وإنما ذكره ليكون أبلغَ.

فإن أمره القاضي باللِّعان بعد خصومة المرأة، فلم يلتعن، حبسه القاضي، وكذا لو امتنعت المرأة من اللِّعان بعدما لاعن الزوج، حبسها القاضي؛ لأنها امتنعت عن حق الغير.

حكم اللعان

وحُكْم اللِّعَان: حرمة الوطء والاستمتاع، كما فرغا من اللِّعان؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا**»[1]، ولا تقع الفرقة بنفس اللِّعان، حتى لو طلَّقها في هذه الحالة طلاقًا بائنًا، يقع، وكذا لو أَكْذَبَ الزوج نفسه، حل الوطء من غير تجديد النكاح، بمنزلة ما لو أسلم أحد الزوجين، يحرم الوطء، ولا تقع الفرقة قبل التفريق.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عمر، أن النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم قال: «المتلاعنان إذا تفرَّقا لا يجتمعان أبدًا» ٢٧٦/٣؛ وأخرج ابن الجوزي عن ابن عمر أنَّه قال: (لاعَنَ رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم بينهما، ثم فَرَّق بينهما)، أخرجاه في الصحيحين. التحقيق في أحاديث الخلاف ٢/٣٠٢.

وقال زفر: تقع الفرقة كما فرغا من اللِّعان، وقال الشافعي: كما فرغ الزوج من اللعان، تقع الفرقة[١].

والصحيح مذهبنا؛ لِمَا روىٰ ابن عمر رضي الله عنه، عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**أنَّه لَاعَنَ بين رجل وامرأته، فلمَّا فرغا، فرَّق بينهما**»[٢]، ولو وقعت الفرقة قبل التفريق، لَمَا احتاج إلى التفريق، لكن القاضي يأمره بالتفريق؛ لأنه لَمَّا حرم الوطء، فات الإمساك بالمعروف، يتعين التسريح بالإحسان، فإذا امتنع الزوج، ناب القاضي منابه، فيُفرِّق بينهما.

إذا فرّق القاضي بعد اللعان

وإذا فرَّق القاضي، تقع تطليقةً بائنةً في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف والشافعي: لا يكون طلاقًا؛ لأن الطلاق تحريمٌ مؤقَّتٌ بكتاب الله، وحرمة اللِّعان حرمةٌ مؤبَّدةٌ، وعند أبي يوسف والشافعي: كحرمة المصاهرة، والرضاع، فلا يكون طلاقًا، وعند أبي حنيفة ومحمد: حرمة اللِّعان حرمةٌ مؤقَّتةٌ، فيكون طلاقًا.

إذا أكذب الزوج نفسه بعد اللعان

فإن أكذب الزوج نفسه بعد ذلك، أو صدَّقته المرأة في الزنا، أو زنىٰ أحدهما، فحُدَّ، أو قذف أحدهما إنسانًا فحُدَّ حَدَّ القذف، أو صارت المرأة بحال لو قذفها إنسان لا يُحَدُّ، بطل اللِّعان، وكان له أن يتزوَّجها في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف ومالك وزفر والشافعي: لا يحل له أن يتزوَّجها أبدًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا**».

ولأبي حنيفة ومحمد: العمومات الواردة في باب النكاح، وأما الحديث قلنا: قضيَّة الحديث: حُرْمة الجمع على المتلاعنين، وبالإكذاب بطل اللِّعان؛ لأن اللِّعان شهادةٌ، والشاهد إذا أكذب نفسه، بطلت شهادته، ويُحَدُّ الزوج

---

(١) انظر: المنهاج ص٤٤٣.

(٢) أخرجه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما (٥٠٠٩).

حد القذف إذا أكذب نفسه؛ لأن موجب القذف: هو الحد؛ إلَّا أنَّ الشَّرع جعل اللِّعان خَلَفًا عن الحَدِّ، وإذا بطل الخلف، يجب الأصل، ألا ترىٰ أنه لو لم يكن أهلاً للِّعان، لا يجب اللِّعان، يُحَدُّ حَدَّ القَذْفِ، كذلك هاهنا.

النفقة في نصراني له أخت مسلمة

(**نصراني له أخت مسلمة، لا يجب عليه نفقتها**)؛ لأن نفقة القريب تتعلق بالوراثة، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ**﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والكفر يقطع الوراثة، فلا تجب النفقة مع اختلاف الدين، إلَّا للوالدين، [١١١/ب] والولد، والزوجة.

الجَدُّ بمنزلة الأب عند عدمه

والجد عند عدم الأب بمنزلة الأب، فيُجبَر المسلم على نفقة الأب الكافر، والكافر على نفقة ولده المسلم؛ لقوله تعالىٰ ﴿**وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا**﴾ [لقمان: ١٥]، قال ذلك في الكافرين.

(**رجل اشترىٰ أَمَةً، فلم يقبضها حتى حاضت، لا يجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء، وكان عليه أن يستبرئها إذا قبضها**)؛ لأن سبب الاستبراء: استحداث حل الوطء بملك اليمين، وحل الوطء يستفاد بالقبض، فالحيضة قبل القبض وجدت قبل سبب الاستبراء، فلا يجتزئ بها، وعن أبي يوسف: أنه يجتزئ بتلك الحيضة؛ لأن المقصود: معرفة فراغ الرَّحِمِ، وقد حصل ذلك بالحيضة عند البائع.

وكذا لو اشترىٰ جاريةً بكرًا، أو اشترىٰ جاريةً من امرأة، أو صبي عنده، لا يجب الاستبراء لعدم الحاجة إلى معرفة براءة الرَّحِم.

ولنا: أن سبب الاستبراء: استحداث حِلّ الوَطْء بملك اليمين، ومعرفة فراغ الرَّحِم حكمةُ شَرْعٍ للاستبراء، والحُكْم لا يُدَار على الحِكْمَة، وإنما يُدَار على السَّبب. والله تعالىٰ أعلم.

كِتَابُ
العَتَاقِ

عبد بين رجلين أعتق المعسر منهما

(عبد بين رجلين، أعتقه أحدهما وهو مُعْسِرٌ، كان الساكت بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ، ويكون الولاء بينهما في الوجهين.

وإن كان مُوسِرًا، فلشريكه خيارات ثلاثة: إن شاء ضَمَّن المُعتِقَ قيمة نصيبه يوم الإعتاق، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ، فإن أعتق أو استسعىٰ، كان الولاء بينهما، وإن ضمَّن المُعتِق، كان الولاء كله للمُعتِق، وللمُعتِق أن يرجع على العبد بما ضمن).

وهذا كله قول أبي حنيفة؛ لأن الإعتاق يتجزَّأ عنده؛ لأن الإعتاق تصرُّف إزالة الملك قصدًا؛ لأنه حق العبد لإزالة الرِّقِّ الذي هو ضعْفٌ حكميٌّ، لا يحتمل الملك والتجزُّأ؛ لأن ذلك حق الشرع، ضرب عليهم جزاءً على استنكافهم، وإن كان الملك لا يثبت بدون الرق، فالرق لا يصير ملكًا لهم بمنزلة الحياة في العبد.

وإذا ثبت أن الإعتاق إزالة الملك، وجب أن يتجزَّأ كالبيع، فلا يُعتَق كله بإعتاق البعض، ولكن يفسد الملك في الباقي، فلا يُباع، ولا يُوهَب، وإن كان المُعتِق مُعْسِرًا، يُخيَّر الساكت: فإن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعىٰ العبد في قيمة نصيبه؛ لأن مال الساكت احتبس عند العبد، ومنفعة الإعتاق

تعود إليه، فيضمن العبد وإنْ لم يكن الاحتباس بصُنع البعد، كما لو هَبَّت الريح بثوب إنسان، وأُلقي في صبغ الغير، حتى انصبغ، كان لصاحب الصبغ أن يضمن صاحب الثوب ما زاد الصبغ فيه.

فإن أعتق الساكت، أو استسعىٰ العبد، كان الولاء بينهما؛ لأنه عتق بإعتاقهما، ولا يرجع العبد بما سعىٰ على المُعتِق؛ لأنه أدىٰ ضمانًا عن نفسه، فلا يرجع على غيره.

وإن كان المُعتِقُ موسِرًا، والموسِرُ فيه: من يكون مالكًا لمقدار قيمة ما بقي من العبد، وإن كان تحل له الصدقة، فلشريكه خيارات ثلاثة: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ العبد، وإن شاء ضمّن المُعتِقَ قيمة نصيبه بطريق التحمُّل عن العبد، ثبت ذلك نظرًا للساكت، فيصل إلى قيمة نصيبه في الحال.

ويسار المُعتِق عنده لا يمنع استسعاء العبد، وإذا ضمن المُعتِق وأدّىٰ الضمان، يملك نصيب الساكت، فيُخيَّر في نصيب الساكت: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ، بمنزلة ما لو كان الكل له، فأعتق البعض؛ فلهذا قال: يرجع على العبد بما ضمن، ويكون الولاء له.

(وقال أبو يوسف ومحمد: الإعتاق لا يتجزَّأ، إذا أعتق أحدهما عتق كله، فإن كان المُعتِق موسِرًا، ليس له إلَّا التضمين، وإن كان مُعسِرًا، ليس له إلَّا السعاية، والولاء للمُعتِق في الوجهين)؛ لأن كله عتق بإعتاقه، ولا يرجع المعتق على العبد، ولا العبد علىَ المُعتِق.

وقال ابن أبي ليلىٰ: إذا استسعىٰ العبد، رجع العبد بذلك على المُعتِق إذا أيْسَرَ، والمسألة تعرف في «المبسوط»، وفي «المختلف».

إن أعتقه أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر

فإن كان أعتقه أحد الشريكين في مرض موته وهو موسِرٌ، ثم مات، لا يُؤخَذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة، بل يسقط؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بطريق التحمُّل والصِّلة، والصِّلات تسقط بالموت قبل الأداء.

وعندهما: يُؤخَذ الضمان من تركته؛ لأن الضمان واجبٌ عليه بجهة الأصالة؛ لأنه أتلف نصيب الساكت، وضمان الإتلاف يكون على المُتلِف، ولا يسقط بموته، وإنما عرف استسعاء العبد عند عُسرته نصًّا بخلاف القياس.

[١١٢/أ] وإن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئًا، ثم أراد تضمين المُعتِق، فعن أبي حنيفة فيه روايتان: في رواية: لا يملك، وفي ظاهر الرواية: يملك، كما لو أتلف غير الآدمي.

عبد بين ثلاثة نفر دبّره أحدهم وهو موسر

(عبد بين ثلاثة نفر، دبّره أحدهم وهو موسِرٌ، ثم أعتقه الآخر وهو موسِرٌ، واختاروا الضمان، فللساكت أن يُضمِّن المدبِّر، وليس له أن يُضمِّن المُعتِق، وللمُدبِّر أن يُضمِّن المُعتِق قيمة الثُّلُث مُدبَّرًا، وليس له أن يُضمِّنه الثلث الذي ضمن، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: العبد كله للذي دبَّره أول مرة، والإعتاق باطلٌ، ويَضمَن المدبِّر ثُلُثَي قيمته للشريك، موسِرًا كان أو معسِرًا)، وهذا بناءً على ما تقدَّم عندهما: أنَّ التدبير لا يتجزَّأ، فإذا دبَّره أحدهم، صار كله مدبَّرًا، ولا يصير كله مدبَّرًا إلَّا بعد ملك الكل، فصار متملِّكًا نصيب الشريكين بالقيمة، وضمان التملُّك لا يختلف باليسار والإعسار، كما لو استولد جاريةً بينهم، وإنما عرفنا وجوب السعاية في فصل الإعتاق حالة العسر نصًّا بخلاف القياس، ولا نصّ هاهنا، وإذا انتقل العبد إلى ملك المدبِّر، لا يصح إعتاق الآخر؛ لأنه صادف ملك الغير.

أما عند أبي حنيفة: التدبير يتجزَّأ، فاقتصر التدبير على نصيب المدبَّر، وفسد نصيب الشريكين، فإنهما لا يملكان البيع والهبة ونحو ذلك، وإذا فسد نصيبهما، ثبت لكل واحد منهما خمسُ خيارات: إن شاء ضمّن المدبِّر قنًّا، وإن شاء أعتق، وإن شاء دبَّر نصيبه، وإن شاء تركه كذلك لا يصنع فيه شيئًا، وإن شاء استسعىٰ العبد في نصيبه.

ومعنىٰ قولنا: له خمس خيارات: أنَّه يصح منه هذه التصرفات إلَّا ما [لا] يُؤذَن بالإعتاق والاستسعاء؛ لأن فيه إفساد نصيب المدبَّر؛ لأن المدبَّر كان متمكنًا من استيفاء نصيبه على ملكه إلى وقت الموت، وبعد الإعتاق والاستسعاء لا يتمكَّن.

وإذا أعتق الثاني نصيبه، نفذ العتق في نصيبه، وسقط ضمان نصيبه عن المدبِّر، لتعذُّر الجمع بين الإعتاق والتَّضمين، وللساكت تضمين المدبِّر، وليس له تضمين المُعتِق وإنْ كان كل واحد منهما متعديًا في حقه؛ لأن الأصل في ضمان المال: ثبوت الملك في المضمون، تحقيقًا للمعادلة، وأمكن اعتبار هذا الأصل في تضمين المدبِّر؛ لأن نصيب الساكت قبل التدبير كان محتملاً للنقل من ملك إلى ملك، ولا يمكن اعتبار هذا الأصل في تضيمن المُعتِق؛ لأن العبد بعد التدبير لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، فيُضمِّن المدبِّر دون المُعتِق، ويُضمِّنه قنًّا؛ لأن التدبير [صادف] القِنَّ.

وإذا ضمَّن المدبِّر ملك المدبِّر نصيب الساكت، واجتمع ثلثا العبد في ملك المدبِّر، وللمدبِّر أن يُضمِّن المُعتِقَ قيمة ما كان له من الأصل، وهو الثُّلُث مدبَّرًا؛ لأن نصيبه بعد التدبير كان منتفعًا من الوجه الذي ذكرنا، وقد فسد بالإعتاق، فيضمن، كمن غصب مدبَّرًا، فأَبِقَ منه يضمن قيمته مدبَّرًا، كذلك هاهنا، وإنما يضمن قيمته مدَّبرًا؛ لأن نقصان التدبير كان حاصلاً قبل الإعتاق.

وليس للمدبِّر أن يُضمِّن المُعتِق قيمة الثُّلُث الذي [يملكه على] الساكت بأداء الضمان؛ لوجهين: أحدهما: أنه ملك المضمون مستندًا، والمستند ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر ثبوت الملك في حق المُعتِق، والثاني: أنَّه لمَّا انتقل نصيب الساكت إلى المدبِّر، قام المدبِّر مقام الساكت في ذلك الثُّلُث، والساكت كان لا يملك تضمين المُعتِق، فكذلك من قام مقامه، وللمدبِّر أن يستسعىٰ العبد في ذلك الثلث؛ لأن الساكت كان يملك الاستسعاء، فكذلك من قام مقامه.

وإن مات المدبِّر، عتق العبد، وكان ولاؤُه بين المُعتِق وعصبة المدبِّر أثلاثًا، ثُلُثاه لعصبة المدبِّر، وثُلُثه للمُعتِق؛ لأنه عتق عليهما أثلاثًا.

أمة بين رجلين أقر أحدهما أنها أم ولد لصاحبه

(أمة بين رجلين، أقرَّ أحدهما أنها أم ولد لصاحبه، وأنكر صاحبه، فهي موقوفةٌ يومًا، ويومًا تخدم المنكر، وقال أبو يوسف ومحمد: إن شاء المنكر استسعىٰ الجارية في نصف قيمتها، ثم تكون حرَّةً، لا سبيل له عليها)، وليس للمنكر أن يستخدمها، وذكر في «الأصل» رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة.

لهما: أن مال المنكر احتبس عند الجارية على وجه لا يملك تضمين الغير، فكان له حق الاستسعاء، كأم ولد النصراني إذا أسلمت، تخرج إلى العتق بالسعاية.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المُقِرَّ لو أقرَّ على نفسه بالاستيلاد، يصح، فإذا أضاف الاستيلاد إلى شخص نكل الاستيلاد، وأنكر ذلك الشخص، يصح، وينفذ على المُقِرِّ، كمن اشترىٰ عبدًا، ثم أقرَّ أن البائع كان أعتقه قبل البيع، وأنكر، نفذ على المشتري. [١١٢/ب]

إذا شهد أحد الشريكين على صاحبه بالإعتاق

وكذلك أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالإعتاق، وأنكر صاحبه، نفذ على المُقرِّ، وإذا نفذ إقراره عليه، لم يكن للمنكر أن يستخدمها، كما لو استولدها المُقِرُّ، وخرج نصيب المنكر من أن يكون منتفعًا به، ولا يمكنه تضيمن المُقِرِّ؛ [لأنَّ المُقِر مَا أَقَرَّ] على نفسه بالاستيلاد، وبسبب الضمان بقي مال المنكر محتبسًا عند الجارية، ومنفعة الاحتباس تعود إليها، فكان له ولاية الاستسعاء.

محرم صلى الظهر، والعصر مع الإمام

وإذا أدَّت نصف القيمة، عتق نصفها، فتُعتَق كلها؛ لأنها لا تتجزأ عندهما، وليس للمُقرِّ أن يستسعي الجارية؛ لأنَّه يدَّعِي ضمان التملُّك على الشريك، ويتبرَّأ عن السِّعَاية، وليس له ولاية الاستخدام أيضًا؛ لأنها أم ولد الغير في زعمه.

ولأبي حنيفة: أنّا تَيَقَّنَّا بولاية الاستخدام للمنكر؛ لأن المُقِرَّ إنْ كان صادقًا، كانت الجارية أم ولد للمنكر، فكان للمنكر كل الخدمة، وإن كان المُقِرُّ كاذبًا، كانت أمةً بينهما، وإذا بقيت منفعته في حق المنكر، لم يكن للمنكر ولاية الاستسعاء، بخلاف مسألة الشهادة؛ لأن ثمة لو كان الشاهد صادقًا، لا يكون نصيب المنكر منتفعًا في حقه، فلم نتيقَّن بقيام المنفعة، فإذا تعذَّر استيفاء الملك ثمَّة، تخرج إلى السعاية.

وإن مات المنكر، عتقت؛ لأن عتقها معلَّقٌ بموت المنكر في زعم المُقِرِّ، وتسعىٰ لورثة المنكر في نصف قيمتها؛ لأن في زعم ورثة المنكر: أنها عتقت بإقرار المُقِرِّ على وجه لا يضمن المُقِرُّ، وكان لهم حق الاستسعاء، ولا تسعىٰ للمُقِرِّ؛ لأن المُقِرَّ يدعي الضمان دون السعاية.

أم ولد بين اثنين أعتقها أحدهما وهو موسر

(أم ولد بين اثنين أعتقها أحدهما وهو موسِرٌ، لا يضمن، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن نصف قيمتها)، وكذا إذا مات أحدهما، أو ارتد حتى عتقت، لا تسعىٰ لأحد عند أبي حنيفة، وعندهما: تسعىٰ.

وعلى هذا الخلاف: إذا غصب أم ولد وهلكت في يده، عند أبي حنيفة: لا يضمن، وعندهما: يضمن.

وكذا إذا باع أمة حاملاً، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، وهلكت الجارية، وبقي الولد، وادعىٰ البائع نسب الولد، صحّت دعوته، ويَرُدُّ كل الثمن عند أبي حنيفة، وقالا: يحبس حصة الأم من الثمن ويَرُدُّ الباقي.

وعلى هذا الخلاف أيضًا: أم الولد بين رجلين، ولدت ولدًا، فادعاه أحدهما، صحّت دعوته، ولا يضمن لشريكه شيئًا في قول أبي حنيفة، ولا سعاية عليها، وقالا: يضمن لشريكه نصف قيمتها إن كان مُوسِرًا، وسَعَتْ في نصف قيمتها إن كان مُعسِرًا.

والحاصل: أن مالية أم الولد لا قيمة لها في قول أبي حنيفة، يُضمَن بالقتل، ولا يُضمَن بالغصب، وعندهما: ماليتها متقوّمةٌ، يُضمَن كما يُضمَن المدبر.

لهما: أنها مال منتفع، بدليل حِلِّ الوَطْء، وحل الوطء عند عدم ملك النكاح، لا يكون إلَّا بملك اليمين، وإذا بقيت الماليَّة والمنفعة، بقي التقوُّم ضرورةً، وحرمة البيع ونحو ذلك لا يبطل التقوُّم، كحرمة بيع المدبَّر.

ولأبي حنيفة: قوله عليه الصلاة والسلام: «**أعتقها ولدها**»[1]، وقضية هذا: بِنَجْز الحرية، وزوال الماليَّة، والتقوُّم، إلَّا أنه لمَّا قصد أن يكون فراشًا له [إلى] وقت الموت، وتحقيق هذا الغرض لا [يمكن] إلَّا بإبقاء الملك يقينًا ملك [المتعة] إلى وقت الموت، فكانت مُحرَزَةً إحراز المنكوحات، لا إحراز المملوكات؛ ولهذا لا تسعىٰ لا لغريم، ولا لوارث، وعن عمر رضي الله عنه: أنه نصَّ على هذا فقال: «**أم الولد حُرَّة إلَّا في حق المتعة**»[2].

عبد بين رجلين، فقال أحدهما: إن دخل فلان هذه الدار غدًا، فهو حر

(**عبد بين رجلين، فقال أحدهما : إن دخل فلان هذه الدار غدًا، فهو حرٌّ، وقال الآخر : إن لم يدخل هذه الدار غدًا، فهو حرٌّ، فمضىٰ الغد ولا يدرىٰ، دخل أم لا، عتق نصفه، ويسعىٰ في نصف قيمته لهما**)، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، إلَّا أن عند أبي حنيفة: يسعىٰ لهما في نصف قيمته موسِرَيْن كانا أو مُعْسِرَيْن.

وعند أبي يوسف: إن كانا مُعْسِرَيْن، سعىٰ لهما في نصف قيمته، وإن كانا موسِرَيْن، لا يسعىٰ.

[وإن كان أحدهما مُوسِرًا، سعىٰ للمُوسِر منهما في رُبُع القيمة، ولا يسعىٰ للمُعْسِر] لأنه يدعي الضمان، [فيبرأ عن نِصْف السِّعاية].

وقال محمد: إن كانا موسِرَيْن: لا يسعىٰ لهما في [شيء]، وإن كانا مُعْسِرَيْن، سعىٰ لهما في [جميع القيمة]، وإن كان أحدهما مُوسِرًا والآخر مُعْسِرًا، سعىٰ للمُوْسِر منهما في نصف القيمة، ولا يسعىٰ للمُعْسِر.

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٥١٦)؛ والحاكم في المستدرك ٢٣/٢ من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. انظر: نصب الراية ٢٨٧/٣.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٣٤٦/١٠؛ التلخيص الحبير ٢١٧/٤.

[١١٣/أ] أما الكلام في وجوب السعاية للمُوسِر في قول أبي حنيفة: بناءً على ما عرف: أن يسار المُعتِق عنده لا يمنع السعاية، وعندهما: يمنع.

بقي الكلام في قدر السعاية مع محمد، لمحمد: أن المقضي عليه لسقوط السعاية، وهو الحانث مجهولٌ، وجهالة المقضي عليه يمنع القضاء.

ولهما: أنَّا تَيَقَّنَّا بسقوط نصف السعاية عن العبد؛ لأن نصيب الحانث منهما عتق مجانًا، وأحدهما حانثٌ بيقين، والقضاء بوجوب كل السعاية مع التيقُّن بسقوط النصف محالٌ، فيسقط نصفه، ويُوزَّع عليهما؛ دفعًا للجهالة بقدر الإمكان.

وإن كان ذلك في عبدين، كل واحد من العبدين لأحدهما، فقال أحدهما: إن دخل فلان هذه الدار غدًا فعبدي هذا حرٌّ، وقال الآخر: إن لم يدخل فعبدي هذا حرٌّ، فمضىٰ الغد، ولا يدرىٰ، لم يعتق واحد منهما؛ لأن عتق كل واحد منهما مشكوكٌ فيه، غيرُ متيقَّن، فتمكَّنت الجهالة في موضعين: في المعتِق، والمعتَق، فيرجح جانب الجهالة على جانب العلم، فتعذَّر القضاء، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن ثمة المقضي له بسقوط نصف السعاية معلومٌ: وهو العبد، والمقضي به معلومٌ: وهو نصف السعاية، والمجهول واحد: وهو الحانث، فيرجح جانب العلم على جانب الجهالة، فيُوزَّع.

رجلان اشتريا ابن أحدهما، والأب موسر

(رجلان اشتريا ابن أحدهما، والأب مُوسِرٌ، لا ضمان عليه، علم الشريك بذلك أو لم يعلم، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الأب [للآخر] نصف قيمته إن كان مُوسِرًا، ويسعىٰ العبد في نصف قيمته لشريك الأب إن كان مُعسِرًا)، والمسألة معروفة.

وإن أوصىٰ لهما، أو وهب لهما، أو تصدَّق عليهما، فهو على هذا الخلاف، ولو ورثا قريب أحدهما، لا يضمن القريب بالاتِّفاق.

ولو كان العبد لرجل واحد، فباع نصفه من أب العبد، لم يضمن الأب للبائع في قول أبي حنيفة وإن كان مُوسِرًا، ولكنه يسعىٰ له في نصف قيمته، وعندهما: يضمن إذا كان مُوسِرًا.

ولو كان العبد لرجلين، فاشترىٰ أب العبد من أحدهما نصيبه، ضمن الأب للشريك الذي لم يَبِعْ نصف قيمته إن كان مُوسِرًا، وسعىٰ الابن في نصف قيمته إن كان مُعسِرًا في قولهم.

ولو قال أحد الشريكين لصاحبه: أعتِقْ نصيبك، فأعتَق، لا يضمن المُعتِق نصيب الآمر، وعن أبي يوسف: أنه يضمن؛ لأنه يملك الإعتاق بدون الإذن، فلم يصح إذنه.

***

بَابُ
الحَلِفِ بِالعِتْقِ

قال رجل: إذا دخلت الدار، فكل مملوك لي يومئذٍ حر

(رجل قال: إذا دخلت الدار، فكلُّ مملوك لي يومئذٍ حرٌّ، وليس له مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكًا ثم دخل الدار، عتق)؛ لأنه أوجب العتق لمن كان في ملكه يوم الدخول؛ لأن قوله: «يومئذٍ»، يتناول يوم الدخول، فيَعتِق من كان في ملكه يوم الدخول، سواء كان في ملكه يوم اليمين، وبقي على ملكه إلى وقت الدخول، أو اشتراه بعد اليمين، كما لو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه يوم الدخول، فهو حرٌّ.

ولو لم يقل: «يومئذٍ»، ولكن قال: إن دخلت الدار، فكلُّ مملوكٍ لي حرٌّ، لا يَعتِق ما يملكه بعد اليمين؛ لأن قوله: «كلُّ مملوكٍ لي»، يتناول المملوك للحال، وعمل الشرط [في] تأخير الجزاء [عن الحال]، كما لو قال: كلُّ مملوك لي حرٌّ غدًا، يتناول المملوك للحال.

لو قال: كل مملوك أملكه فهو حُرّ

(ولو قال: كلُّ مملوك أملكه فهو حُرٌّ)، وله مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكًا آخر، عَتَق ما كان في ملكه، ولا يَعتِق ما يملكه بعد اليمين، إلَّا إذا عناه، فيُعتَق كلاهما؛ لأن قوله: أملك، يتناول الحال حقيقةً، ويستعمل في الاستقبال أيضًا، فإذا نوىٰ الاستقبال، فقد نوىٰ ما يحتمل لفظه، فيصح، ولا يُصدَّق في صرف العتق عما كان في ملكه وقت اليمين، فيعتق المشترىٰ، ومن كان في ملكه وقت اليمين.

ويدخل فيه المدبَّر، وأمُّ الولد، والعبد المرهون، والعبد المديون؛ لقيام الملك، ولا يدخل فيه المكاتب إلَّا بالنية؛ لأنه ليس بمملوك مطلق، بل هو حرٌّ يدًا، ومطلق اسم المملوك يتناول الكامل، ولا يدخل العبد المشترك بينه وبين غيره أيضًا؛ لِمَا قلنا.

ولا يدخل فيه الجنين؛ لأنه ليس بمملوك مطلق؛ ولهذا لو قال: إن اشتريت مملوكين، فهما حرّان، فاشترىٰ جاريةً حاملاً، لا يَعتِقان.

لو قال: كل مملوك لي ذكَر فهو حر

(**ولو قال: كلُّ مملوكٍ لي ذَكَرٍ فهو حرٌّ، وله جاريةٌ حاملٌ، فولدت ذكرًا، لم يَعتِق**)، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت اليمين؛ لأن الجنين ليس بمملوك مطلق؛ لأن المملوك المطلق: ما يكون مملوكًا قصدًا، والجنين مملوكٌ تبعًا.

لو قال: كل مملوك أملكه حر بعد غد

[١١٣/ب]

(**ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه حرٌّ بعد غدٍ، أو قال: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ بعد غدٍ، يَعتِق من كان في ملكه وقت اليمين**)، ولا يعتق من اشتراه بعد اليمين؛ لأن قوله: «أملكه»، وإن كان يستعمل في الحال والاستقبال، لكن غلب استعماله في الحال، يقال: فلان يملك كذا عبدًا، ويُراد به الحال، فكان جعله للحال أولىٰ، فينصرف إليه عند الإطلاق.

ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه إلى سنة، أو إلى أن أموت، أو قال: أملكه أبدًا، يدخل فيه من اشتراه بعد اليمين، ولا يدخل من كان في ملكه وقت الشِّراء [قبل] اليمين؛ لأنه لمّا نصّ على وقت الشِّراء في المستقبل، تمحّض للاستقبال، فخرج الحال من أن يكون مرادًا.

بَابُ
عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ

رجل له ثلاثة أعبد
دخل عليه اثنان
فقال: أحدكما حُرٌّ

(رجل له ثلاثة أعبد، دخل عليه اثنان، فقال: أحدكما حُرٌّ، فخرج أحدهما ودخل الآخر، فقال: أحدكما حرٌّ، ثم مات قبل البيان)، ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ هذه المسألة في عامَّة الكتب، وطريق التخريج: أن يسمىٰ الذي خرج بعد الكلام الأول: خارجًا، والذي لم يخرج: ثابتًا، ويسمىٰ الذي دخل بعده: داخلاً.

فنقول: يُؤمَر المولىٰ بالبيان ما دام حيًّا؛ لأنه أوجب العتق المُبهَم، فيرجع في البيان إليه، فإن بيّن الكلام الأول في الخارج، عَتَق الخارج، ويُؤمَر بالبيان في الكلام الثاني، ويعتق الذي عيَّنه، وإن بيّن الكلام الأول في الثابت، عَتَق الثابت، وبطل الكلام الثاني؛ لأنه صار خبرًا، فلا يستحق به العتق، كما لو جَمَعَ بين حر وعبد، فقال: أحدكما حرٌّ، لا يَعتِق العبد.

ولا يقال: بأن الثابت لم يَعْتِق بالكلام الأول؛ لأن الكلام الأول صادف المُبهَم، والثابت معيَّنٌ، وإنما عتَق الثابت ببيانه، فكان البيان بمنزلة إعتاق مستقبل، ولو أعتقه عتقًا مستقبلاً، يعتق الداخل، فلماذا لا يَعتِق الداخل؟

قلنا: قوله: «أحدكما حرٌّ»، مبهَمٌ من وجه دون وجه، من حيث إنَّ المُعتَق [بينهما] غير معلوم، ومن حيث إنَّ المُعتَق فيهما لا يعدوهما، ليس بمبهم، وكان البيان فيه إظهارًا من وجه، إنشاءً من وجه، فإن كان إظهاراً، كان الكلام الثاني خبرًا لا يعتق به الداخل، وإن كان إنشاءً، لا يكون الكلام الثاني خبرًا، فيعتق به الداخل، فلا يَعتِق الداخل بالشَّكِّ والاحتمال.

فإن بدأ ببيان الكلام الثاني، أنْ قال: عَنَيْتُ به الداخل، عَتَق الداخل، ويُؤمَر ببيان الكلام الأول، وإن قال: عَنَيْتُ بالكلام الثاني: الثابت، عَتَق الثابت بالكلام الثاني، ويَعتِق الخارج بالكلام الأول، فيَعتِق الخارج أيضًا.

إن مات المولى قبل البيان

(فإن مات المولىٰ قبل البيان: عتق من الخارج نصفه، ومن الثابت ثلاثة أرباعه، واختلفوا في الداخل، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يعتِق نصفه، وقال محمد: يعتِق رُبُعه)، لمحمد: أن الإيجاب الثاني صحيحٌ في حالٍ دون حالٍ؛ لأنه لو أراد بالكلام الأول الخارج، صَحَّ الكلام الثاني، وإن أراد بالكلام الأول الثابت، كان الكلام الثاني خبرًا، وكان الكلام الثاني صحيحًا في حال دون حال، ولو صح مطلقًا، يَعتِق به رقبةٌ، فإذا صح في حال دون حال، يَعتِق به نصف رقبة بينهما، فيَعتِق من كل واحد منهما بالكلام الثاني رُبُعه؛ ولهذا يعتق من الثابت بالكلام الثاني رُبُعه.

والدليل عليه: مسألة ذكرها في «الزيادات»: رجل له ثلاث نسوة، لم يدخل بهنّ، فقال لثنتين منهنّ: إحداكما طالقٌ، فخرجت إحداهما ودخلت الثالثة، فقال: إحداكما طالقٌ، ثم مات قبل البيان، كان للخارجة ثلاثة أرباع المهر، وللثابتة خمسة أثمان المهر، وللداخلة سبعة أثمان المهر، ولو صح الكلام الثاني مطلقًا: كان للداخلة ثلاثة أرباعها، وللثابتة ثلاثة أرباعها، ويسقط الرُّبُع.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الكلام الثاني في حق الداخل صحيحٌ من كل وجه؛ لأن الكلام الأول يتناول المُبهَم والثابت، والعتق المُبهَم بين العبدين في حق المعيَّن منهما بمنزلة المعلَّق بالبيان في حق غيرهما؛ ولهذا لو قال لعبدين: أحدكما حُرٌّ، فقطع إنسان يدهما، كان على القاطع أرش العبدين، وإذا صح الكلام الثاني في حق الداخل، كان الكلام الثاني في حق الداخل بمنزلة الكلام الأول في حق الخارج، فيَعتِق منه نصفه، وإنما يَعتِق من الثابت رُبُعه بالكلام الثاني؛ لأن الكلام الأول عمل في حق الثابت حتى يثبت له حق المطالبة بالبيان، ويتعيَّن العتق إذا زالت مزاحمة الخارج بالموت ونحوه، ويَشيْعُ العتق فيهما إذا مات المولىٰ قبل البيان؛ لِمَا ذكرنا: أن قوله: «أحدكما» نكرة من وجه دون وجه، فاعتبر العتق واقعًا في المحل في حقهما، ولم يعتبر تعليقًا، وإذا اعتبر الكلام الأوَّل تنجيزًا في حقهما، فإن أراد به [١١٤/أ] الخارج، صَحَّ الكلام الثاني، وإن أراد به الثابت، لا يصِحُّ، وكان الكلام الثاني متردِّدًا في حق الثابت، فيَعتِق رُبُعه.

وأما مسألة «الزيادات»: قيل: ذاك قول محمد، أما على قولهما: للداخلة ثلاثة أرباع المهر، وذكر في «الأمالي» عن أبي يوسف: لو قال: أردت بالإيجابين الثابتة، يقع عليها طلاقان، فجعل الإيجاب الثاني صحيحًا مطلقًا، وعند البيان يقع الطلاق والعتاق مقصورًا على رواية «الأمالي».

ولئن كان ما ذكر في «الزيادات» قول الكل، فالفرق لأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الكلام الأول يعتبر تعليقًا في حق الداخل، في حق يقبل التعليق، ووقوع العتق يحتمل التعليق، أما البراءة عن المهر، مِمَّا لا يحتمل التعليق، فاعتبر الكلام الأوَّل في حق هذا الحكم تنجيزًا، [وإذا اعتبر تنجيزًا] كان الكلام الثاني متردِّدًا، هذا إذا كانت الإيجابات في صحة المولىٰ.

فإن كانت في مرضه ومات، إن خرجوا من الثُّلُث، فكذلك الجواب، وإن لم يكن له مال آخر، ولم تُجِزِ الورثة، قسم الثُّلُث بينهم على قدر سهامهم، فحق الخارج في نصف الرقبة: وهو سهمان، وحق الثابت في ثلاثة أرباعه، وهو ثلاثة أسهم، وحق الداخل عندهما في نصف الرقبة: وهو سهمان، فبلغ سهام العتق سبعةً، اجعل هذا ثُلُث المال، وثُلُثا المال أربعة عشر، فيكون كل عبد سُبُعَه، عَتَق من الخارج سهمان، ويسعىٰ في خمسة، ومن الثابت ثلاثة، ويسعىٰ في أربعة، ومن الداخل سهمان، ويسعىٰ في خمسة، فتكون سهام العتق سبعةً، وسهام السعاية أربعةَ عشر، فاستقام الثُّلُث والثُّلُثان.

وعلى قول محمد: حق الداخل في رُبُعِهِ: وهو سهمٌ واحدٌ، وكان سهام العتق ستةً عنده، وثُلُث المال ستةٌ، كل رقبة ستةٌ، عتق من الخارج سهمان، ويسعىٰ في أربعة، ومن الثابت ثلاثة، ويسعىٰ في ثلاثة، ومن الداخل سهم، ويسعىٰ في خمسة، فيستقيم الثُّلُث والثُّلُثان.

ولو قال لعبدين له: أحدكما حر، فباع أحدهما

(**ولو قال لعبدين له: أحدكما حرٌّ، فباع أحدهما بيعًا لازمًا، وشرط الخيار لأحدهما، أو فاسدًا، وقبض، عتق الآخر**)، وكذا لو وهب أحدهما وسلَّم، أو تصدَّق به وسَلَّم، أو رهن وسلَّم، أو آجر، أو كاتب، أو أوصىٰ به، أو ساوم، أو دبَّر، أو علّق عتقه بشرط، أو أعتق ولم يقل: أردت به البيان، أو وطئ فعلِقَتْ؛ لأن هذه التصرُّفات تختصُّ بالملك، فإذا تعيَّن أحدهما للملك، تعيَّن الآخر للعتق ضرورةً.

وذكر الجصَّاص: أن ذكر القبض في البيع الفاسد، وقع اتفاقًا، والقبض وعدم القبض فيه سواء. وكذا لو ترك العتق في أحدهما بتعليق سابق على الإيجاب المُبهَم؛ لأن أحدهما خرج من أن يكون محلاً للبيان ، فيتعيَّن الآخر للعتق.

فلو كانتا أمتين فوطأ إحداهما

(فلو كانتا أمتين فوطأ إحداهما، لم يكن بيانًا لها في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يكون بيانًا).

لهما: أن حل الوطء في غير المنكوحة، لا يكون إلاّ بملك اليمين، فكان الإقدام علىٰ الوطء، تعيينًا للملك، ولهذا كان الوطء بيانًا في الطلاق المُبهَم.

ولأبي حنيفة: أنه لو ثبت البيان، ثبت مقتضىٰ حل الوطء، فلا يثبت إلَّا لضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأن حل الوطء في الأمة ينفصل عن ملك اليمين في الجملة، فلا يجعل الوطء بيانًا، بخلاف الوطء في الطلاق المُبهَم؛ لأن حل الوطء في الحرّة، لا يكون إلَّا بملك النكاح.

قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا، فأنت حرّة

(رجل قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا، فأنت حرَّةٌ، فولدت غلامًا وجاريةً).

هذه المسألة على وجوه: إن علم أنها ولدت الغلام أولاً، عتقت الأم والجارية، والغلام رقيقٌ؛ لأن العتق معلَّقٌ بولادة الغلام، والمعلَّق بالشرط لا يترك قبله، فالغلام انفصل منها وهي أمةٌ، فلا يظهر حُرِّيَّتُها في حق الغلام، ويظهر في حق الجارية؛ لأنها انفصلت بعد الحريّة، فتكون حُرَّةً.

وإن ولدت الجارية أولاً، لم يَعتِق أحدهم؛ لأنه فات شرط العتق، وهو ولادة الغلام أولاً.

(وإن تصادقوا أنهم لا يعلمون أيهما كان أولاً، عتق نصف الأم، ونصف الجارية، والغلام رقيقٌ)، أمَّا رِقُّ الغلام؛ لأنه لا يَعتِق بحالٍ ما، وأما الأم والجارية؛ فلأنهما يَعتِقان إن ولدت الغلام أولاً، ولا يَعتِقان إن ولدت الجارية أولاً، فهما يَعتِقان في حال دون حال، فيَعتِق من كل واحدة منهما نصفها، وتسعىٰ في النصف.

وإن ادَّعت الأم أنها ولدت الغلام أولاً، وأنكر المولىٰ، كان القول قوله مع اليمين؛ لأن الجارية تدعي عليه العتق، وهو ينكر، ويحلف المولىٰ على علمه: بالله ما أعلم أنها ولدت الغلام أولاً؛ لأن هذا استحلافٌ على فعل الغير، [١١٤/ب] فيكون على العلم، أصله: حديث القسامة، فإن حلف، لم يثبت العتق، وإن نكل، عتقت الأم دون الجارية؛ لأن النكول [جعل] حُجَّةً بطريق الضرورة فيما وجد فيه الدعوىٰ، والدعوىٰ وجد من الأم دون الجارية، فلا تظهر في حق الجارية، حتى لو كانت الجارية صغيرةً، عتقا جميعًا؛ لأن الصغيرة عاجزةٌ عن الدعوىٰ، فجعل دعوىٰ الأم كدعوىٰ الجارية.

وإن ادَّعَت الجارية أن أمها ولدت الغلام أولاً، ولم تَدَّع الأم شيئًا، وحُلف المولىٰ فنكل، عَتَقت البنت دون الأم؛ لِمَا قلنا.

رجلان شهدا على رجل أنه قال لعبدين له: أحدكما حر

(**رجلان شهدا على رجل أنه قال لعبدين له: أحدكما حرٌّ، وهو ينكر، فالشهادة باطلةٌ**)، إلَّا أن يكون في مرضه الذي مات فيه، (**وقال أبو يوسف ومحمد: الشهادة جائزةٌ**) على كل حال، ويُجْبَر المولىٰ على البيان، وهذه المسألة بناءً على أن الشهادة على عتق العبد عند أبي حنيفة: لا تقبل من غير دعوىٰ العبد، وعندهما: تقبل.

فإن قيل: لو شهدا أنه أعتق إحدىٰ أَمَتَيْه، لا تقبل أيضًا عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل من غير دعوىٰ، فكيف يكون هذا بناءً على ذلك الخلاف؟

قلنا: الشهادة على عتق الأمة بعينها إنما تقبل عند أبي حنيفة؛ لأنها قامت على حرمة الفرج، فتقبل من غير دعوىٰ، كالشهادة القائمة على الطلاق، والشهادة على عتق إحدىٰ الأمتين ما قامت على حرمة الفرج؛ لأن العتق المبهم لا يوجب حرمة الفرج عنده، ولهذا لم يكن الوطء ثابتًا عنده، فكانت الشهادة على عتق إحدىٰ الأمتين بمنزلة الشهادة على عتق أحد العبدين.

هذا إذا شهدا في حياته أنه أعتق أحد عبديه [في صحَّته، وإن شهدا بعد موته أنَّه أعتق أحد عبديه] في مرضه، أو شهدا في مرضه أنه دبّر أحد عبديه، جازت الشهادة عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة في القياس: لا تُقبَل، وفي الاستحسان: تُقبَل.

وجه القياس: أن الدعوىٰ شرطٌ لقبول الشهادة، ولم يُوجَد؛ لأنه أوجب العتق للمجهول، والدعوىٰ من المجهول لا تتحقَّق، وللاستحسان وجهان: أحدهما: أنه لما مات، شاع العتق فيهما، فإذا ادَّعَيا أو ادَّعىٰ أحدهما، صحّ دعواهما، بخلاف ما قبل الموت؛ لأن ثمة الحق للمجهول، والدعوىٰ من المجهول لا تصح، وكذا إذا ادَّعَيا؛ لأنهما مُعيَّنان، وصاحب الحق غير مُعيَّن، فلم تكن دعوىٰ كل واحد منهما دعوىٰ صاحب الحق.

فإن قيل: هذا باطلٌ فِيْمَا إذا شهدا في حياته أنه أعتق أحد عبديه في مرضه، حيث تُقبَل عند أبي حنيفة استحساناً.

قلنا: إنما تُقبَل تلك الشهادة استحسانًا، لوجهين: أحدهما: أن الإعتاق في مرض الموت وصيَّةٌ، والوصية إيجابٌ بعد الموت، وإيجاب العتق لأحدهما بعد الموت، إيجابٌ لهما؛ لأنه أوجب العتق لأحدهما في حال عجزه عن البيان، فكان إيجاباً لهما، فتَصِحُّ دعواهما.

والثاني: أن الإعتاق في مرض الموت وصيَّةٌ، وتنفيذ الوصايا حق الميت، فكان الميت مُدَّعِيًا تقديرًا، فتُقبَل الشهادة.

إن شهدا بعد موته أنه أعتق أحد عبديه في صحته

(وإن شهدا بعد موته أنه أعتق أحد عبديه في صحته، لا نصّ فيه عن أبي حنيفة، واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: تُقبَل؛ لأن العتق شائعٌ فيهما، فيَصِحُّ له دعواهما بعد الموت، وقال بعضهم: لا تُقبَل؛ لأن الإعتاق في الصحة لا يكون وصيَّةً، فلم يكن الميت مُدَّعِيًا تقديرًا).

وإن شهدا أنه أعتق أحدهما بعينه إلَّا أنا نسينا، لم تُقبَل شهادتهما عندنا؛ لأنهما نَسَبَا أنفسهما إلى الغفلة، وشهادة المُغفَّل لا تُقبَل.

ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده، لم تَجُزْ شهادتهما؛ لأن المعتق مجهولٌ، والقضاء على المجهول باطلٌ؛ لأنَّ الإنكار شرطٌ لقبول الشهادة، والإنكار من المجهول لا يتحقق.

ﷺﷺﷺ

بَابٌ فِيْ العِتْقِ عَلَى مَالٍ وَالكِتَابَةِ

قال لعبده: أنت حر بعد موتي على ألف

(رجل قال لعبده : أنت حرٌّ بعد موتي على ألف، فالقبول بعد الموت)؛ لأنه أضاف الإيجاب إلى ما بعد الموت، فتعيَّن القبول بعده؛ ليكون القبول بعد الإيجاب، وإذا قبل بعد الموت، من المشايخ من قال: لا يَعتِق إلَّا بإعتاق الوارث؛ لأنه إذا كان لا يعتق إلَّا بالقبول بعد الموت، لم يكن العتق معلَّقًا بمطلق الموت، وفي مثل هذا لا يَعتِق إلَّا بإعتاق الوارث، كما لو قال: أنت حرٌّ بعد موتي بشهر، بخلاف المدبَّر؛ لأن عتقه تعلَّق بنفس الموت، فلا يشترط إعتاق الوارث.

[١١٥/أ]

أعتق عبده على خدمته أربع سنين، فقبل

(رجل أعتق عبده على خدمته أربع سنين، فقبل العبد، عتق من ساعته)؛ لأنَّه إعتاقٌ بعوض، فيَتِمُّ بنفس القبول، كما لو قال: أنت حرٌّ على ألف، يَعتِق إذا قَبِل، وعليه أن يخدمه أربع سينين.

(فإن مات المولىٰ من ساعته، كان على العبد قيمة نفسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر : عليه قيمة خدمته أربع سنين).

أصل المسألة: إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها، أو أعتقه على جارية، ثم استحقت تلك الجارية، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: كان على العبد قيمة نفسه، وعندهما: [كان عليه] قيمة الجارية.

رجل قال لآخر: أعتق أمتك على ألف أن تزوجنيها، ففعل

(**رجل قال لآخر : أعتق أمتك على ألف أن تزوَّجنيها ، ففعل ، فأبت أن تتزوَّجه ، فالعتق جائزٌ ، ولا شيء على الآمر**) ؛ لأنه طلب الإعتاق بالألف على الآمر.

ومن قال لغيره: أعتق عبدك على ألف درهم عليَّ ، فأعتق ، كان العتق على المولىٰ ، حتى يكون الولاء له ، ولا شيء على الآمر ؛ لِمَا ذكرنا في كتاب الطلاق ، كذلك هاهنا.

ولو قال: أعتق أمتك عني على ألف درهم على أن تزوجنيها

(**ولو قال : أعتق أمتك عنّي على ألف درهم ، على أن تزوَّجنيها ، فأعتق المأمور ، وأبَتِ الأمة التزويج ، قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمة ، أدّاه الآمر ، وبطل عنه ما أصاب المهر**) ؛ لأنه قابل الألف بملك الرقبة والبضع ؛ لأن الإعتاق عنه لا يكون إلَّا بعد ملك الرقبة ، فصار كأنه قال: ملِّكني ثم كُنْ وكيلي في الإعتاق ، فإذا أعتق ، سَلِم له الرقبة ، حتى يكون الولاء للآمر ، ولم يسلم له البضع ، فتلزمه حصة ما سَلِم ، وبطل عنه حصة ما لم يَسْلَم.

رجل دبَّر عبده ثم كاتبه في صحته على مائة

(**رجل دبَّر عبده ثم كاتبه في صحته على مائة ، وقيمته ثلاث مئة ، ثم مات ، ولا مال له غير العبد ، قال أبو حنيفة : خُيِّرَ العبد : إن شاء سعىٰ في ثُلُثي قيمته ، وإن شاء سعىٰ في جميع بدل الكتابة ، وقال أبو يوسف : يسعىٰ في الأقَلِّ من ثُلُثي قيمته ، ومن جميع بدل الكتابة**[1] **[ولا خيار له ، وقال محمد : يسعىٰ في الأقَلِّ من ثُلُثي قيمته ، ومن ثُلُثي بدل الكتابة] من غير خيار**).

فإن كانت الكتابة أولاً ، ثم التدبير ، سقط ثُلُث بدل الكتابة في قولهم ، إلَّا أنَّ عند أبي حنيفة: يُخيَّر العبد: إن شاء سعىٰ في ثُلُثي قيمته ، وإن شاء سعىٰ في [ثُلُثي] بدل الكتابة ، وقال أبو يوسف ومحمد: يسعىٰ في الأقل من ثُلُثي قيمته ومن ثُلُثي بدل الكتابة ، ولا يُخيَّر.

---

(١) في د (ثلثي بدل الكتابة).

فالخلاف في الفصل الأول في موضعين: أحدهما: في ثبوت الخيار للعبد، عند أبي حنيفة: يُخيَّر العبد، وعندهما: لا يُخيَّر، والثاني: في قدر ما يسعىٰ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يسقط شيء من بدل الكتابة، وعند محمد: يسقط ثُلُثه.

أما الكلام في ثبوت الخيار [للعبد]؛ بناءً على تَجَزُّئِ العتق، إذا أعتق ثُلُثه بالتدبير: عند أبي حنيفة: لا يَعتِق كُلُّه، فتبقىٰ الكتابة، وإذا بقيت الكتابة، استحق عتق الباقي بجهتين: أحدهما: الكتابة، والثاني: السعاية، والكتابة مؤجَّلةٌ، والسعاية حالَّةٌ، والتخيير بين المعجَّل والمؤجَّل مقيَّدٌ، وإن كان المؤجَّل أكبر، فيخيَّر.

وعندهما: الإعتاق لا يتجزَّأ، فإذا أعتق ثُلُثه بحكم التدبير، عَتَق كلُّه، فتبطل الكتابة، وإذا بطلت الكتابة، بطل التأجيل؛ لأنه من خصائص الكتابة، ويبقىٰ أحد المال؛ لأن الحرية لا تنافي المال، وإذا حلَّت الكتابة والسِّعاية حالَّةٌ أيضًا، لا يُخيَّر؛ لأن الإنسان لا يُخيَّر بين مالين: أحدهما أقلُّ والآخر أكثر؛ لأنه يختار الأقل، فلا يفيد التخيير.

وأما الكلام في سقوط شيء من بدل الكتابة، وجه قول محمد: أنه لو أعتق كلَّه بالتدبير، بأن كان يخرج من ثُلُث ماله، يسقط كل البدل، فإذا أعتق الثُّلُث، وجب أن يسقط بقدره؛ اعتبارًا للبعض بالكل، كما لو دبّر بعد الكتابة، [ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنه إذا كانت بعد التدبير]، فالكتابة حصلت بعد انعقاد السَّبب للحريَّة، فيتوقف الأمر، إن مات المولىٰ قبل أداء بدل الكتابة، يكون ملتزمًا المال في هذه الحالة بمقابلة ما لم يَعتِق، فيكون كل البدل مقابلاً بالثُّلُثين، وإن أدىٰ بدل الكتابة في حياة المولىٰ، كان المال مقابلاً بجميع الرقبة، فالأمر محتملٌ، فقلنا بالتوقُّف على هذا الوجه. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
الوَلَاءِ

نبطي كافر أسلم ووالى رجلاً

(نبطي كافر أسلم ووالىٰ رجلاً، أو عاقده[١] فتزوَّج بمعتقه، فولدت أولادًا، فموالي الأولاد، موالي أمِّهم في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: [مواليهم] موالي الأب).

وأجمعوا: على أنهما لو كانا مُعتَقين، أو كان الأب معتَقًا والأم مولىٰ الموالاة، أو كان الأب عربيًا والأم معتَقةً، كان الولد تبعًا للأب.

لأبي يوسف: أن الولاء بمنزلة النسب، قال عليه الصلاة والسلام: «**الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسب**»[٢]، وفي حقيقة النسب يُضاف إلى الأب في الشرف والدَّناءة، فكذلك في الولاء.

ولهما: أن ولاء العتاقة أقوىٰ من ولاء الموالاة؛ لأن ولاء الموالاة يحتمل الفسخ، وولاء العتاقة لا يحتمل، ومولىٰ العتاقة مقدَّمٌ على ذوي الأرحام، ومولىٰ الموالاة مؤخَّرٌ عن ذوي الأرحام، والأدنىٰ لا يصلح [١١٥/ب] معارضًا للأقوىٰ.

---

(١) في د (وعاهده).

(٢) أخرجه الشافعي، وابن حبان في صحيحه، والبيهقي في المعرفة، من حديث ابن عمر، وقد تكلم في بعض رواته. انظر: التلخيص الحبير ٤/ ٢١٣؛ مجمع الزوائد ٤/ ٢٣١.

وإن أسلم النبطي، ولم يُوالِ أحدًا، ولامرأته مولىٰ الموالاة، كان عَقْلُ الأولاد على موالي الأم؛ لأنه لا عاقلة للأب؛ لأن المسلمين لا يَعقِلون عنه؛ لأنه لا قرابة بينه وبينهم، ولا موالاة أيضًا، وقد انقطعت نصرة الكفار، فكان عقل الأولاد على موالي الأم.

ومن العلماء من قال: إذا أسلم الكافر على يد رجل، كان مولًى له، يَرِثُ منه ويَعقِل عنه؛ وإن لم يكن بينهما عقد الموالاة، وقال عامة العلماء: لا يصير مولًى له إلَّا بعقد الموالاة؛ لأن الإرث في [ولاء] الموالاة عُرِف نصًّا، إذا جرىٰ بينهما عقد الموالاة، قال عليه الصلاة والسلام في مولىٰ الموالاة: «**هو أولىٰ الناس محياه ومماته، وإن والاه، عَقَلَه بالموالاة**»(١).

معتقة تزوجت بعبد وولدت منه ولدًا فجنى الأولاد

(**معتَقةٌ تزوَّجت بعبد، وولدت منه ولدًا، فجنىٰ الأولاد، كان عَقْلُ جنايتهم على موالي الأم**)؛ لأن الأب ليس من أهل الولاء، فكان الولد ملحقًا بقوم الأم، بمنزلة ولد الملاعنة، فإن أُعتِق العبد، جَرَّ ولاء الولد إلى نفسه، هكذا روي عن عمر رضي الله عنه؛ ولأن الولد إنما كان مُلحَقًا بقوم الأم؛ لتعذُّر إلحاقه بالأب، فإذا أُعتِق الأب وصار له ولاء، صار أهلاً، وزال المانع، فيُلحَق الولد بالأب، كالملاعن إذا أكذب نفسه، ثبت منه النسب.

وليس لموالي الأم أن يرجعوا بما عقلوا عن الأولاد على موالي الأب، [وإن انجرَّ ولاء الأولاد إلى موالي الأب؛ لأن ولاء الأولاد انتقل إلى موالي الأب] مقصورًا على العتق، فلا يظهر أن وقت الجناية لم يكن عقل الجناية على موالي الأم.

---

(١) أخرجه «الأربعة، والحاكم، وأحمد، وابن أبي شيبة، والدارمي، وأبو يعلىٰ، والدارقطني، والطبراني، كلهم من حديث تميم الداري»، وقد اختلفوا في صِحَّة هذا الخبر: «وقال الخطابي: ضعَّفه أحمد، وقال ابن المنذر: راويه ليس من أهل الحفظ، وقد اضطربوا فيه»، كما في الدراية ٢/١٩٥، ١٩٦.

وإن أُعتِق الجدُّ والأبُ رقيقٌ، هل يَجُرُّ الجد ولاء حافده؟ في ظاهر الرواية: لا يَجُرُّ، ويكون الولد مولًى لموالي الأم.

رجل أسلم ووالى رجلاً، وعاقده

(رجل أسلم ووالىٰ رجلاً، وعاقده، ثم مات وترك عمةً وخالةً، كان ميراثه للعمة والخالة)؛ لِمَا عرف في الأصل: أن مولىٰ الموالاة مؤخَّرٌ عن ذوي الأرحام.

إن ترك عمّة وخالة، ومولى عتاقة

(وإن ترك عمَّة، وخالة، ومولىٰ عتاقة، كان ميراثه لمولىٰ العتاقة)؛ لأن مولىٰ العتاقة من العصبة، قال عليه الصَّلاة والسَّلام للمُعتِق: **«إن شَكَرَك، فهو خيرٌ له وشرٌّ لك، وإن كَفَرَك، فهو شرٌّ له وخيرٌ لك، وإن مات ولم يَدَعْ وارثًا، كنت أنت من عصبته»**(١)، والعصبة مقدَّمٌ على ذوي الأرحام. [والله تعالىٰ أعلم].

❖❖❖

(١) رواه الدارمي (... قال: إن شكرك فهو خير له وشر لك ...)، إلى أن قال: (إن مات ولم يترك عصبة، فأنت وارثه) ٢/٤٦٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ، وقال: (هكذا جاء مرسلاً) ٦/٢٤٠.

كتَابُ
الأَيْمَانِ

قال:
إن لبست أو أكلت أو شربت، فامرأتي طالق

(رجل قال : إن لبست أو أكلت أو شربت، فامرأتي طالقٌ، وقال : عَنَيْتُ طعامًا دون طعام، لم يُصدَّق في القضاء، ولا في غيره)، وعن أبي حنيفة: أنه يُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وهذه روايةٌ اختارها الخصَّاف، وبنىٰ كتاب الحِيَل عليها.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه نوىٰ تخصيص الطعام، والثوب، والطعام والثوب ليس بمذكور نصًّا، بل هو مذكور اقتضاءً، والمقتضىٰ لا عموم له، ونية التخصيص فيما لا عموم له، باطلٌ.

لو قال:
إن لبست ثوبًا...وقال:
عنيت ثوبًا دون ثوب

(ولو قال : إن لبست ثوبًا، أو أكلت طعامًا، أو شربت شرابًا، وقال : عَنَيْتُ ثوبًا دون ثوب، أو طعامًا دون طعام، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ)؛ لأنه ذكر الطعام والثوب نَكِرَةً في موضع الشرط، وموضع الشرط موضع النفي، والنكرة في موضع النفي تعُمُّ، فتَصِحُّ نية التخصيص فيه، فلا يُصدَّق قضاءً؛ لأن التخصيص خلاف الظاهر، وفيه تخفيفٌ على نفسه، فلا يُصدَّق.

فرق بين المسألة الأولىٰ، وبينما إذا قال: إن خرجت فعبدي حرٌّ، ونوىٰ الخروج إلى السفر، حيث يَصِحُّ؛ لأنه ذكر الخروج، والخروج متنوِّعٌ: فمنه ما يكون سفرًا، ومنه ما لا يكون سفرًا، وأحكامهما مختلفةٌ: من قصر الصلاة،

وإباحة الإفطار، وغير ذلك، فإذا نوىٰ أحد النوعين، صَحَّت نيته، حتى لو نوىٰ الخروج إلى مكان دون مكان، لا يَصِحُّ؛ لأن المكان ليس بمذكور، فلا تَصِحُّ نية التخصيص فيه.

ولو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل سمكًا طريًّا

(**ولو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل سمكًا طريًّا، لا يحنث**)، والقياس: أنه يحنث؛ لأنه لحمٌ، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُواْ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا**﴾ [النحل: ١٤]، وجه الاستحسان: أنه ليس بلحمٍ حقيقةً؛ لأن اللَّحم ما ينمو من الدم، ولحم السَّمك لا ينمو من الدم؛ لأن الدموي لا يعيش في الماء.

وأمَّا الآية، قلنا: سمّاه لحمًا مجازًا على أن الأيمان لا تُبنىٰ على ألفاظ القرآن، ألا ترىٰ أنه لو حلف لا يمُسُّ وَتَدًا، فمسَّ جبلاً لا يحنث، وإن سمّىٰ اللهُ تعالىٰ الجبالَ أوتادًا، وكذا لو حلف لا يجلس على البساط، فجلس على الأرض، لا يحنث، وإنْ سمّىٰ اللهُ تعالىٰ الأرضَ بساطًا.

هذا إذا لم يَنْوِ السمك، فإن نوىٰ السَّمك، حنث في يمينه؛ لأنه لحمٌ مجازًا، فكان ناقصًا، فلا يتناوله مطلق الكلام، وإذا نواه صحّت نيّته، كما لو قال: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ، لا يتناول المكاتب، وإذا نواه، صحّت نيته.

إن أكل لحم الإنسان ... حنث في يمينه

(**وإن أكل لحم الإنسان، أو لحم الخنزير، حنث في يمينه**)؛ لأنه لحمٌ حقيقةً، إلَّا أنه حرامٌ، وربما يميل طبعه إلى الحرام، فيحتاج إلى اليمين، وكذلك لحم الطيور مطبوخًا، أو مشويًّا، أو نيئًا، (**وكذلك الكَرِش والكَبِد**). قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا: لا يحنث بأكل الكرش والكبد؛ لأنهما لا يُعدَّان لحمًا، ولا يستعملان استعمال اللحم. [١١٦/أ]

ويحنث بأكل الرؤوس؛ لأنه لحمٌ حقيقةً، يقال: رأس قليل اللحم، ورأس كثير اللحم، (**ولا يحنث في شحم البطن، والألية**)؛ لأنه ليس بلحم.

ولو حلف: لا يأكل لحم شاة، فأكل لحم العنز، قالوا: إن كان الحالف مصريًّا، لا يحنث، وإن كان قرويًا يحنث؛ لأن أهل القرىٰ لا يُميِّزون بين الشاة والعنز.

لو حلف لا يأكل شحمًا، أو لا يشتريه

(**ولو حلف لا يأكل شحمًا، أو لا يشتري شحمًا، لا يحنث إلَّا في شحم البطن، وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث في شحم الظهر أيضًا**).

لهما: قوله تعالىٰ: ﴿**حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ**﴾ [الأنعام: ١٤٦]، استثنى من الشحم، والاستثناء يدُلُّ على الجنسية.

ولأبي حنيفة: أن شحم الظهر لحمٌ يتناوله اسم اللحم، فلا يكون شحمًا؛ لأنهما غيران، ألا ترىٰ أن لو حلف: لا يشتري لحمًا، فاشترىٰ شحم الظهر، يحنث في يمينه، وأما الآية، قلنا: هذا استثناء منقطع، بمعنىٰ «لكن»، فلا يقتضي الجنسية، ألا ترىٰ أنه كما استثنىٰ شحم الظهر، استثنىٰ الحوايا، واستثنىٰ المختلط بالعظم، وأنه ليس بشحم.

واختلف المشايخ في تعيين محل الخلاف: قال بعضهم: الخلاف في اللحم السمين على الظهر، وقال بعضهم: الخلاف في الشحم المتصل بالظهر من الداخل، فإن كان الخلاف في اللحم السمين، فكلام أبي حنيفة فيه أظهر، وإن كان الخلاف في الشحم المتصل، فكلامهما أظهر.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: إذا حلف لا يشتري شحمًا، لا يحنث في شحم الظهر في قولهم، وهذا إذا حلف بالعربية.

وإذا حلف بالفارسية، فأكل شحم الظهر، قالوا: لا يحنث؛ لأن اسم «بية» لا يتناول شحم الظهر.

لو حلف: لا يشتري رأسًا

(**ولو حلف : لا يشتري رأسًا، فهو على رؤُوس الغنم والبقر، وقال أبو يوسف ومحمد : على رؤُوس الغنم خاصةً**)، ولا يتناول رأس الجزور، إلَّا رواية عن أبي حنيفة، قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان، كان الناس في زمن أبي حنيفة يبيعون رأس البقر والغنم في الأسواق غير مكسورة، وفي زمنهما، كانوا لا يبيعون إلَّا رأس الغنم، فأفتىٰ كل واحد منهم بما شاهد في زمانه، ومبنىٰ الأيمان على العرف.

لو حلف: لا يأكل هذا الدقيق، فأكل خبزه

(**ولو حلف : لا يأكل هذا الدقيق، فأكل خبزه، حنث**)، وإن أكل عين الدقيق أو عجينه، لم يذكر في الكتاب، والصحيح: أنه لا يحنث.

والأصل في جنس هذه المسائل: أنَّه إذا عقد اليمين على أكل عين، فإن كان تُؤكَل عينه، تنصرف اليمين إلى عينه، وإن كان لا تُؤكَل عينه، تنصرف اليمين إلى ما يتخذ منه، والدقيق لا يُؤكَل عينه، فتنصرف اليمين إلىٰ خبزه، كما لو حلف: لا يأكل من هذه الشجرة، أو من هذا القدر، فأكل من طعام طُبِخ في القِدْر، حنث في يمينه، فإن عنىٰ: أكل الدقيق، صحّت نيّته فيما فيه تغليظٌ، حتى يحنث بأكل الدقيق، ولا يُصدَّق في صرف اليمين عن الخبز؛ لأنَّه خلاف الظاهر.

لو حلف: لا يأكل هذه الحنطة

(ولو حلف : لا يأكل هذه الحنطة، إن نوىٰ أن لا يأكلها حبًّا، فهو على ما نوىٰ)؛ لأنه نوىٰ الحقيقة، فلا يحنث بأكل الخبز، وإن نوىٰ أكل الخبز، فهو على ما نوىٰ؛ لأنه نوىٰ المجاز المتعارف، وإن لم يَنْوِ شيئًا، **(فإن أكلها قضمًا حنث، وإن أكل من خبزها لا يحنث عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث بأكل الخبز أيضًا)**.

لهما: أن الحنطة يُراد به أكل الخبز عادةً، يقال: أهل بلد كذا يأكلون الحنطة، وأهل بلد كذا يأكلون الشعير، ويريدون بذلك أكل الخبز.

ولأبي حنيفة: أن الحنطة تُؤكَل عينها، فإنها تُقلىٰ، فتُؤكَل، فلا تنصرف اليمين إلى غيرها، كما لو حلف: لا يأكل من هذا العنب، فأكل من زبيبه، أو حلف: لا يأكل من هذه الشاة، فأكل من لبنها، لا يحنث؛ لأن الأصل اعتبار الحقيقة؛ ولهذا لو حلف لا ينكح امرأته، أو أمته، تنصرف اليمين إلى الحقيقة: وهو الوطء، لا إلى المجاز: وهو العقد.

فإن أكل عين الحنطة، هل يحنث عندهما؟ ذكر في كتاب الأيمان ما يدل على أنه لا يحنث، فإنه قال: تنصرف اليمين إلى ما يُصنع من الحنطة، وذكر في هذا الكتاب ما يدُلُّ على أنه يحنث، فإنه قال: وإن أكل من خبزها حنث أيضًا، وهذه إشارةٌ إلى أنه يحنث بأكل الحنطة، وهو الصحيح.

ولو حلف لا يأكل هذه الحنطة، فأكل من سويقها، لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحنث، وذكر القدوري قول أبي يوسف مع قول محمد.

لأبي حنيفة: ما قلنا: إنَّ الحنطة تُؤكَل عينها، فلا تنصرف اليمين إلى غيرها.

ولأبي يوسف: ما قلنا: إن المراد من أكل الحنطة: أكل الخبز، فلا تنصرف اليمين إلى [السَّويق][1]، ومحمد يقول: المراد من أكل الحنطة: ما يتخذ من الحنطة، فيحنث في السويق.

ولو حلف: لا يأكل فاكهة، فأكل خِيَارًا

(ولو حلف : لا يأكل فاكهةً، فأكل قِثَّاء، أو خِيَارًا، أو قَثَدًا، أو جَزَرًا، لم يحنث)؛ لأنها من البُقول لا من الفاكهة، وكذا الجَوْز، واللَّوْز، والفُسْتُق؛ لأنَّ هذه الأشياء لا تُعَدُّ من الفاكهة. [١١٦/ب]

(وإن أكل تُفَّاحًا، أو مِشْمِشًا، أو خَوخًا، أو تِينًا، أو إجَّاصًا، حنث)، وكذلك البطيخ؛ لأن هذه الأشياء تُؤكَل على وجه التفكّه قبل الطعام وبعده، فكانت فاكهةً، وكذلك يابس هذه الأشياء، إلَّا البطيخ اليابس؛ لأن ذلك لا يُؤكَل إلَّا في بعض البلدان.

وإن أكل بطيخًا هنديًّا، قيل: بأنه لا يحنث؛ لأنه لا يُعَدُّ فاكهةً.

(وإن أكل عِنَبًا أو رُمَّانًا أو رُطَبًا، لا يحنث في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث).

لهما: أن هذه الأشياء من أعزِّ الفواكه؛ لأن الفاكهة اسمٌ لما يُؤكَل على وجه التنعُّم، وهذه الأشياء تُؤكَل على وجه التنعُّم، والإفراد بالذِّكْر في كتاب الله تعالىٰ؛ لكمال معانيها، كتخصيص جبريل وميكائيل من الملائكة.

---

(١) في أ (العين)، والمثبت من سائر النسخ.

ولأبي حنيفة: أن هذه الأشياء غير الفاكهة؛ لأن الله تعالىٰ عطف [هذه الأشياء] على الفاكهة مرّة، فقال تعالىٰ: ﴿فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨]، ومرة عطف الفاكهة على هذه الأشياء، فقال تعالىٰ: ﴿وَعِنَبٗا وَقَضۡبٗا ۞ وَزَيۡتُونٗا وَنَخۡلٗا ۞ وَحَدَآئِقَ غُلۡبٗا ۞ وَفَٰكِهَةٗ وَأَبّٗا﴾ [عبس: ٢٨-٣١]، والمعطوف غير المعطوف عليه، كيف وأن الآية نزلت على وجه المِنَّة، لا تليق بالحكمة ذكر المسمّى الواحد بلفظين في موضع المنّة؛ ولأن التفكُّه: عبارةٌ عن التنعُّم، قال الله تعالىٰ: ﴿فَٰكِهِينَ﴾ [الدخان: ٢٧]، أي: متنعِّمين، والتنعُّم أمرٌ زائدٌ على البقاء، وحَبّ الرُّمَّان متعلق البقاء؛ لأنه يصلح دواءً، وغذاءً، وكذلك العنب والرطب، يُكْتَفَىٰ بهما في بعض البلدان، فلا يكون فاكهةً؛ ولأن ما كان فاكهةً، لا فرق فيه بين رطبه ويابسه، ويابس هذه الأشياء لا تُعَدُّ فاكهةً، فكذلك رطبها.

لو حلف: لا يأكل فاكهة يابسة، فأكل الجوز

ولو حلف: لا يأكل فاكهةً يابسةً، يحنث بأكل الجَوْز، واللَّوْز، ونحوهما، قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا: لا يحنث بأكل الجَوْز.

ولو حلف: لا يأكل عنبًا، [فلاكه][1] وابتلع ماءه، ورمىٰ بقشره وحَبِّهِ، لا يحنث؛ وإن ابتلع ماءه وأكل حبه، ورمىٰ بقشره، حنث في يمينه؛ لأن الأكل: هو المضغ والابتلاع، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولىٰ، وإنَّما وجد الشرب.

وكذا لو حلف: لا يأكل سكرًا، فمصّه حتى أذابه، لا يحنث.

---

(١) في أ (فأكله)، والمثبت من ج، ب.

ولو حلف: لا يأتدم بإدام، ولا نية له

(ولو حلف: لا يَأْتَدِمُ بإدَامٍ، ولا نية له، فأكل خبزًا بما يصطبغ به: كالخل، والزيت، والعسل، والمَرَقة، واللبن، حنث في يمينه في قولهم)، والبَقْل ليس بإدام في قولهم.

أما البِيْض، والجُبُن، واللحم، ليس بإدام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وروي عن أبي يوسف: أنه إدامٌ، وهو قول محمد.

لمحمد: قوله عليه الصلاة والسلام: «**سيد إدام أهل الجنة: اللحم**»[1]؛ ولأن الإدام مأخوذٌ من المؤادمة، وهي الموافقة، وهذه الأشياء تُوافِق الخبز، فكان إدامًا.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّ الإدام مأخوذٌ من الموافقة كما قال، وحقيقة الموافقة في الاجتماع على وجه لا يقبل الفصل، كالخل والزيت ونحوهما، أما اللحم والبِيْض والجُبُن، لا يُوافِق الخبز على هذا الوجه، بل يجاوره، بمنزلة البطيخ والتمر والعنب، فهذا الاسم حقيقةٌ لما يصطبغ به، مجازٌ لغيره، والحقيقة والمجاز لا يرادان بلفظ واحد.

فالحاصل: أن كل ما يحتاج في الأكل إلى موافقة الخبز، كان إدامًا، وكل ما لا يحتاج ويُؤكَل وحده، لا يكون إدامًا.

لو حلف: لا يأكل رطبا، أو بسرا

(ولو حلف: لا يأكل رُطَبًا، أو بُسْرًا، أو حلف لا يأكل رطبًا ولا بُسْرًا، فأكل بُسْرًا مُذَنِّبًا، حنث في يمنه).

---

(١) «الحديث أورده عبد الهادي الحنبلي، من حديث بريدة، عن أبيه، عن النَّبيِّ صلَّىٰ الله عليه وسلَّم أنه قال: «سيد إدام أهل الدنيا والآخرة: اللَّحم»، وفي إسناد هذا الحديث أبو هلال الراسبي، وقد اختلف في الاحتجاج به، ورُوِي أيضًا عنه عن أبيه موقوفًا، وهو مخرَّج في الكتب الستَّة»، تنقيح تحقيق أحاديث التعليق ٣/٥٠٢.

وهذه المسألة على أربعة أوجه: إذا حلف: لا يأكل بسرًا، فأكل بُسْرًا مُذَنِّبًا: وهو الذي عامَّتُه بُسْرٌ، وفيه شيءٌ من الرطب، حنث في قولهم، وكذا لو حلف لا يأكل رطبًا، فأكل رطبًا مذنِّبًا: وهو الذي عامَّتُه رطبٌ، وفيه شيءٌ من البُسْر، حنث في قولهم.

ولو حلف: لا يأكل بُسرًا، فأكل رطبًا فيه شيءٌ من البُسْر، حنث في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يحنث في قول أبي يوسف.

والرابعة: إذا حلف: لا يأكل رطبًا، فأكل بُسرًا فيه شيءٌ من الرطب، حنث عندهما، وعند أبي يوسف: لا يحنث.

فالحاصل: أن الغلبة إذا كانت للمعقود عليه، حنث عند الكل، وإن كانت الغلبة لغير المعقود عليه، يحنث عندهما، وعند أبي يوسف: لا يحنث.

وجه قول أبي يوسف: أن البُسر المذنِّب، يسمّىٰ: بُسرًا؛ ولهذا لو حلف: لا يأكل بُسرًا، فأكل بُسرًا مذنِّبًا، حنث، وإذا كان بُسرًا لا يكون رطبًا؛ لأنهما شيئان مختلفان؛ ولهذا لو حلف لا يشتري رطبًا، فاشترىٰ بُسرًا مُذَنِّبًا، لا يحنث.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن البُسر المُذَنِّب: أحد طرفيه رُطَبٌ، والأكل يتناول كل طرف منه مقصودًا، فيحنث، ألا ترىٰ أنه لو ميّز أحد الطرفين عن الآخر، وأكل، حنث في يمينه، فكذلك إذا أكله مع غيره، بخلاف فصل الشراء؛ لأن في الشراء يعتبر الغالب، فإذا لم يكن الغالب رطبًا، لا يحنث في يمينه، هكذا كمن حلف: لا يشتري شعيرًا، واشترىٰ حنطةً فيها حَبَّاتُ شعير، لا يحنث، ولو حلف لا يأكل شعيرًا، فأكل حنطةً فيها حَبَّاتُ شعير، حبةً حبةً، حنث في يمينه، **(وكذا لو حلف : لا يشتري رُطبًا، فاشترىٰ كباسة بُسر** [١١٧/أ] **فيها رُطَب، لا يحنث)**، وفي يمين الأكل: يحنث.

ولو حلف: لا يأكل هذا الطلع فأكل بعدما صار بسرًا

ولو حلف: لا يأكل هذا الطَّلْع، فأكل بعدما صار بُسرًا، أو لا يأكل هذا العنب، فأكل بعدما صار زبيبًا، لا يحنث.

والأصل في جنس هذه المسائل: أنه إذا عقد اليمين على عين موصوف بصفة، فإن كانت الصفة داعيةً إلى اليمين، تتقيَّد اليمين ببقائها، وإلَّا فلا.

بيان هذا الأصل: إذا حلف: لا يأكل هذا الرطب، فأكل بعدما صار تمرًا، لا يحنث؛ لأن صفة الرطوبة داعيةٌ إلى اليمين، فإن الإنسان قد يضرُّه الرُّطَب، ولا يصبر عنه، فيحتاج إلى اليمين لمنع نفسه، فكانت [الرُّطوبة داعيةً] إلى اليمين، فتتقيَّد اليمين ببقائها، وهذا بخلاف ما إذا حلف: لا يكلم هذا الصبي، فكلمه بعد ما شاخ، حَنِثَ في يمينه؛ لأن صفة الصِّبَا صفةٌ مُزحِمة، فلم تكن داعيةً إلى الهجران، فلا تتعلق اليمين ببقائها.

ولو حلف: لا يأكل تمرًا، فأكل [خَبِيْصًا][1]، حنث في يمينه؛ لأن عين التمر قائمٌ؛ لأن [خَبِيْصًا][2]: تمر ينقع في اللبن حتى ينتفخ، فيحنث في يمينه، كما لو حلف لا يأكل خبزًا، فأكل ثريدًا، حنث في يمينه.



(**رجل قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فامرأته طالقٌ، [وليس في الكوز ماء، لم يحنث، فإن كان فيه ماء][3] فأهراقه قبل مضي اليوم، لا يحنث**)، وهذه ثلاثة فصول:

---

(١) في أ (حَيَسًا)، والمثبت من ج؛ لأن الحيس: «تمر يخلط بسَمَن وأقط»، كما في مختار الصحاح (حيس).

(٢) في أ (حَيَسًا)، والمثبت من ج.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، ب، د، والمثبت من ج، والجامع الصغير ص٢٥٨.

الأول قوله: والله لأَمَسَّنَّ السَّماء

الفصل الأول: إذا قال: والله لأَمَسَّنَّ السَّماء، ولأَطيْرَنَّ في الهواء، أو لأُحَوِّلَنَّ هذا الحجر ذهبًا، وهذا على وجهين: إما أن كانت اليمين مطلقةً، أو مؤقَّتةً، فإن كانت مطلقةً، يحنث كما فرغ من اليمين؛ لأنه عقد اليمين على ما هو متصور بطريق الكرامة، إلَّا أنه عاجزٌ بحكم العادة، فينعقد، ويحنث كما فرغ من اليمين.

فإن كانت مؤقَّتةً، لا يحنث ما لم يَمْضِ الوقت، وقال زفر: يحنث للحال؛ لأن العجز عن البَرِّ ثابتٌ بحكم العادة، فيحنث للحال، كما في الوجه الأول.

وإنا نقول: لمّا وقّتها بوقت، فقد اختار التوسعة، حتى لا يلزمه البَرُّ في أول الوقت، وإذا لم يجب البَرُّ في أول الوقت، لا يحنث بترك الفعل في أول الوقت، بخلاف الوجه الأول.

الثاني: فصل الكوز

والفصل الثاني: فصل الكُوْز، وهو على وجهين: إما أن كان في الكُوْز ماء، أو لم يكن، فإن لم يكن في الكُوْز ماء، فقال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكُوْز، فامرأته طالقٌ، وحلف على ذلك بالله تعالىٰ، عند أبي حنيفة ومحمد: لا تنعقد هذه اليمين، وعند أبي يوسف: تنعقد.

وجه قول أبي يوسف: أنه أضاف اليمين إلى المستقبل، فتنعقد اليمين في حق البَرِّ في حق وجوب الكفارة، كما في مسألة مَسِّ السماء ونحوها.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن العقد لا ينعقد إلَّا في محل يتصوَّر فيه حكم العقد، ولم يوجد؛ لأن حكم اليمين: وجوب البَرِّ، وشرب الماء المعدوم لا يتصور أصلاً، فلا تنعقد، بخلاف مَسِّ السماء ونحوها؛ لأن ذاك متصوَّرٌ بطريق الكرامة.

وإذا انعقدت اليمين، عند أبي يوسف: فإن كانت مُطْلَقَةً، حنث للحال، وإن كانت مؤقّتةً، يحنث بعد مُضِيِّ [الوقت]، وهو والفصل الأول سواء، هذا إذا لم يكن في الكُوز ماءٌ.

فإن كان فيه ماء، فأهراقه، فإن كانت مطلَقَةً، حنث؛ لأنه وقع اليأس عن البَرِّ الواجب، وإن كانت مؤقَّتةً، بطلت اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن اليمين إذا كانت مؤقَّتةً، كان وجوب البَرِّ في آخر الوقت، فكان وقت انعقاد اليمين من حيث المعنىٰ: آخر الوقت، وعندهما: قيام المعقود عليه شرطٌ لانعقاد اليمين، فإذا لم يوجد ذلك في آخر الوقت، لا ينعقد، وعند أبي يوسف: وجود الماء ليس بشرط لانعقاد اليمين، فلا يكون شرطًا للبقاء، فيحنث إذا مضىٰ الوقت.

الثالث: إذا حلف لَيَقْتُلَنَّ فُلانًا وفلان ميت

الفصل الثالث: إذا حلف لَيَقْتُلَنَّ فُلانًا، وفلان ميت، وهو على وجهين: إما أن كان عالمًا بموته، أو لم يكن، إن لم يكن عالمًا بموته لا شيء عليه، وإن كان عالمًا، حنث، وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: حنث في يمينه على كل حال.

فأبو يوسف مرَّ على أصله؛ لأن عنده: تصوُّر البَرِّ ليس بشرط لانعقاد اليمين، فيحنث على كل حال.

وعندهما: شرطٌ، فإذا كان عالمًا بموته، كان مقصوده إزهاق روح يُحدِث الله تعالىٰ فيه، وذاك مِمَّا يتصور، فتنعقد اليمين، ويحنث بحكم العجز من حيث العادة، أما إذا لم يكن عالمًا بموته، كان مقصوده: إزهاق روح قائمة وقت اليمين، فإذا لم يكن، لا تنعقد اليمين.

فرَّق أبو حنيفة ومحمد بين هذا الفصل، وبين فصل الشرب، فقالا في فصل الشرب: إذا لم يكن فيه ماء، لا تنعقد اليمين، علم بذلك أو لم يعلم، وفي هذا الفصل: فَرَّقَا بين العلم وبين الجهل.

والفرق: أن في مسألة الكُوز، عقد اليمين على شرب ماء هو في الكوز، و[لو] أحدث الله تعالىٰ فيه ماء، لم يكن هذا الماء عين ذلك الماء الذي أُضيف إليه اليمين، فلا تنعقد، أما في مسألة القتل، عقد اليمين [١١٧/ب] على قتل فلان، ولو أحدث الله فيه حياةً، فقتله، كان قاتلاً فلانًا بعينه. [والله تعالىٰ أعلم].

***

بَابُ
اليَمِيْنِ فِي الدُّخُوْلِ وَالسُّكْنَى والرُّكُوْبِ

حلف: لا يدخل هذه الدار، فصارت صحراء

(رجل حلف : لا يدخل هذه الدار، فصارت صحراء، فدخلها، أو بُنِيَت دارًا أخرىٰ، فدخلها، حنث في يمينه).

حلف: لا يدخل دارًا فدخل صحراء كانت دارًا

ولو حلف: لا يدخل دارًا، فدخل صحراء كانت دارًا، لم يحنث؛ لأن الدار اسم للعَرَصَة، والبناء من أوصاف الكمال؛ لأن الدار اسم لموضع أُعِدَّ للسكنىٰ، وأصل السكنىٰ: تكون بالعرصة، وكماله بالبناء؛ إذ السكنىٰ في بعض الأوقات لا تتحقق بدون البناء، فكان البناء من أوصاف الكمال.

والدليل على أن العرصة بعد زوال البناء تسمّىٰ دارًا، قول القائل:

يا دار مَيَّةَ بالعلياء والسند ... أقوَتْ وطال عليها سالف الأمد
وقفت فيها طويلا كي أسائلها ... عيَّتْ جوابًا وما بالربع من أحد[١]

ولهذا يقال: دار مبنية، ودار مهدومة[٢]، فإذا عقد يمينه على دار معينة، لا يعتبر فيه ما كان من أوصاف الكمال: وهو البناء؛ لأن الوصف للتعريف، والمعيَّن لا يحتاج إلى التعريف.

---

(١) شرح المعلقات التسع لأبي عمرو الشيباني، ص٨٤، ٨٥.
(٢) في ب (دار غير مبنيَّة).

إذا عقد يمينه على دار غير مُعيَّنة

وإذا عقد يمينه على دار غير مُعيَّنة، يعتبر فيه البناء؛ لأنَّ غير المُعيَّن يحتاج إلى التَّعريف، فلا يحنث إلَّا بدخول دار مبنيّة، ألَا ترىٰ أنه لو قال: كل مملوك لي حر، لا يدخل فيه المكاتب؛ لأنه حرٌّ من وجهٍ، ولو أشار إلى المكاتب وقال: مملوكي هذا حر، يعتق؛ ولأن البناء لمّا كان من أوصاف الكمال، فإذا زال البناء، زال اسم الدار من وجه دون وجه.

إذا عقد يمينه على دار بعينها

فإذا عقد يمينه على دار بعينها، كان دخول هذه الدار شرطًا للحنث، فلا يبطل ذلك بالشك والاحتمال، وإذا عقد يمينه على دار بغير عينها، شككنا في دخولها تحت اليمين، فلا تدخل بالشك.

حلف: لا يدخل هذه الدار، فجعلها بستانًا

(ولو حلف: لا يدخل هذه الدار، فجعلها بستانًا، أو حمّامًا، فدخل، لم يحنث)؛ لأن اسم الدار زال من كل وجه، وزوال الاسم يدل على زوال المسمّىٰ، والمسجد بمنزلة الدار؛ لأن المسجد بعد زوال البناء، يسمّىٰ مسجدًا.

حلف: لا يدخل هذا البيت، فصار صحراء

(ولو حلف: لا يدخل هذا البيت، فصار صحراء، فدخل، لم يحنث)، فإن بنيت بيتًا آخر بعد الانهدام، فدخل، لم يحنث أيضًا؛ لأن البيت اسم لما يبات فيه، وبعد زوال البناء لا يتحقق فيه البيتوتة، فكان البناء فيه أصلاً لا وصفًا، وإن انهدم سَقْفه وبقي حيطانه، فدخله، حنث؛ لأن بعد زوال السقف تتحقق البيتوتة، لكن بصفة النقصان، ولو حلف: لا يدخل بيتًا، فدخل بيتًا انهدم سقفه وبقي حيطانه، لا يحنث.

والفرق بين المعيّن وغير المعيّن: ما قلنا: في الدار.

ولو حلف لا يدخل هذا البيت، فهدمه وجعل بيتًا آخر، ودخله، لا يحنث؛ لأن الأول خرج من أن يكون بيتًا بعد الهدم، والثاني غيره.

حلف: لا يدخل بيتًا فدخل الكعبة

(ولو حلف: لا يدخل بيتًا، فدخل الكعبة، أو مسجدًا، أو كنيسةً، أو بيعةً، أو ظُلَّةَ باب الدار، أو حَمَّامًا، لا يحنث)؛ لأن البيت ما أُعِدَّ للبيتوتة، وهذه المواضع ما بُنِيَت للبيتوتة.

وكذا إذا دخل دهليزًا، قالوا: هذا إذا كان الدهليز على وجه لو أغلق باب الدار، يكون خارجًا عن الدار، فأما إذا كان داخلاً وهو مسقف، حنث في يمينه.

(**وإن دخل صُفَّةً، حنث**)، قالوا: هذا في عرفهم؛ لأن عندهم للصُّفَّة حيطان أربعة، فتكون بيتًا، أما في عرفنا: للصُّفَّة ثلاثة حوائط، فلا تكون بيتًا.

حلف: لا يدخل هذا الفسطاط، فرفع، وضرب في موضع آخر

ولو حلف: لا يدخل هذا الفسطاط، فرفع من ذلك المكان، وضرب في موضع آخر، فدخل، حنث؛ لأن الفسطاط لم يختلف، وإنما اختلف مكانه.

قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، وهي داخلة

(**وإذا قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، وهي داخلةٌ، فدامت على ذلك، لم يحنث استحسانًا، حتى تخرج وتدخل، وفي القياس: يحنث**)؛ لأن للدوام حكم الابتداء، فيحنث، (**كما لو قال: إن ركبت فأنت طالق، وهي راكبةٌ، فدامت على ذلك، أو قال لها: إن لبست، وهي لابسةٌ، فدامت على ذلك**).

وجه الاستحسان: أن الدخول انفصالٌ من الخارج إلى الداخل، والانفصال لا يدوم، وما يوجد بعده فهو مكثٌ وقرارٌ، وليس بدخولٍ؛ ولهذا لا يصح فيه التوقيت، ولا يقال: دخلنا من أول النهار إلى آخره، بخلاف الركوب واللبس؛ لأنه مما يدوم؛ ولهذا يصح فيه التوقيت، يقال: ركبنا يومًا من أول النهار إلى آخره، ولبست هذا الثوب يومًا كاملاً، والدوام فيما يستدام، بمنزلة الإنشاء، قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولىٰ لك، والأخرىٰ عليك»[1]، سمّىٰ الدوام على النظر: نظرًا، فإن عنىٰ ابتداء الركوب واللبس، صُدِّق؛ لأنه نوىٰ الحقيقة. [١١٨/أ]

---

(١) رواه أبو القاسم في تاريخ دمشق ٥٥/٩٦؛ والسمرقندي في تفسيره ٢/٥٠٨؛ وأورده السيوطي في الدر المنثور، وعزاه لابن أبي شيبة، وأبي داود، والترمذي، والبيهقي، عن بريدة، ٦/١٧٧.

قال: كلّما ركبتِ فأنت طالق، فمكثت ساعة يمكنها النزول منها

(وإن قال: كُلَّما ركبتِ فأنت طالق، فمكثت ساعة يمكنها النزول منها، طلقت)، وإن مكثت ساعة أخرىٰ، طلقت أيضًا؛ لِمَا ذكرنا: أن للدوام حكم الابتداء، وكلمة «كُلَّما» تعُمُّ الأفعال، فيتكرر الجزاء بتكرُّر الشرط، **(ولو أخذت في النزول حين حلف، لم يحنث)**، وقال زفر: يحنث، وكذا إذا قال لها: **(إن لبستِ، وهي لابسةٌ فأخذت في النزع، كما حلف)**.

وجه قوله: إن الجزء الذي وجد قبل النزع، والركوب، والنزول، واللبس، وإن قَلَّ، فيحنث.

وإنا نقول: إنَّ هذا القدر لا يمكن الامتناع عنه، فكان مستثنًى عن اليمين عادةً؛ لأن مقصود الحالف البرُّ، والبرُّ لا يحصل إلَّا به.

لو حلف: لا يخرج من المسجد فأمر غيره فأخرجه

(ولو حلف: لا يخرج من المسجد، فأمر غيره فأخرجه، حنث في يمينه)؛ لأن فعل المأمور انتقل إليه، وصار المأمور [كدابَّةٍ][1] له، **(ولو أخرجه مُكْرَهًا لا يحنث)**؛ لأن فعل غيره لم ينتقل إليه إلَّا بأمره، فلم يوجد منه الفعل، لا حقيقةً ولا حُكْمًا، وإن [أكرهه][2] فخرج بنفسه، حنث؛ لوجود الفعل، كما لو حلف لا يأكل هذا الطعام، فأكل مكرهًا، حنث، وإن أُوجِر في حلقه، لم يحنث، كذا هاهنا.

إذا أُخرج مكرهًا هل تنحل اليمين؟

وإذا أُخرج مكرهًا، هل تنحلُّ اليمين؟ حتى لو خرج بنفسه بعد ذلك، لا يحنث.

اختلف المشايخ فيه، والصحيح: أنها لا تنحلُّ، فيحنث بالخروج بعد ذلك.

---

(١) في أ، ج (كالآلة)، والمثبت من ب، د.

(٢) في ب، د (هَدَّدَهُ).

فإن حمله غيره بغير أمره، فأخرجه، وهو قادرٌ على الامتناع، فلم يمتنع، ورضي بقلبه، اختلفوا فيه، والصحيح: أنه لا يحنث، وهكذا روي عن أبي حنيفة أيضًا؛ لأن فعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بالأمر، لا بالرضا، ولم يوجد الأمر.

لو حلف: لا يخرج من هذه الدار فأخرج إحدى رجليه

ولو حلف: لا يخرج من هذه الدار، فأخرج إحدىٰ رجليه، لا يحنث؛ لأنه لو اعتبر خارجًا باعتبار الرِّجل الخارجة، لا يعتبر خارجًا باعتبار الرِّجل الداخلة، وكذا لو حلف: لا يدخل، فأدخل إحدىٰ رجليه، لا يحنث؛ لِمَا قلنا، وقيل: إذا كانت الدار منهبطةً، فأدخل إحدىٰ رِجليه، حنث.

وإن أدخل رأسه دون رجله، لم يحنث، وكذا إذا تناول شيئًا بيده من الدار، لا يحنث.

وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه قال: إذا أدخل رأسه وإحدىٰ رجليه، حنث، وكذا لو عقد اليمين على الخروج، فأخرج رأسه وإحدىٰ رجليه، حنث.

حلف: لا يدخل هذه الدار، فَمَرَّ على الباب فزلق ووقع في الدار

ولو حلف: لا يدخل هذه الدار، فَمَرَّ على الباب، فزلق رجليه ووقع في الدار، اختلف المشايخ فيه، والصحيح: أنه لا يحنث؛ لأنه لم يقع في الدار باختياره، فصار كما لو أدخل مكرَهًا، أو هبت به الريح وألقته في الدار، وكذا لو كان على دابة فانفلتت، فلم يستطيع إمساكها، فأدخلته في الدار، لا يحنث.

حلف: لا يدخل هذه الدار، فقام على حائط من حيطانها

ولو حلف: لا يدخل هذه الدار، فقام على حائط من حيطانها، حنث في يمينه؛ لأن الحائط من جملة الدار، ولهذا يدخل في بيع الدار من غير ذكر.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: هذا إذا كان كله لصاحب الدار، فأما إذا كان الحائط مشتركًا، لا يحنث، كما لو حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داراً بينه وبين غيره، لا يحنث، وكذا لو [صعد] بسطح الدار، حنث، قيل: هذا في عرفهم، أما في عُرْفنا [الصعود على السطح والحائط]، لا يسمىٰ دخولاً، فلا يحنث، والصحيح: جواب الكتاب.

حلف: لا يخرج من الدار إلَّا إلى جنازة فخرج للجنازة ثم ذهب لحاجة

(ولو حلف: **لا يخرج من الدار إلَّا إلى جنازة، فخرج يريد الجنازة، ثم بدا له الذهاب في حاجة**[١] **أخرىٰ، لا يحنث**)؛ لأن شرط الحنث: الخروج لا إلى الجنازة، والخروج: هو الانفصال[٢] من الدار، وانفصاله من الدار كان للجنازة، والذهاب إلى حاجة أخرىٰ بعد الانفصال من الدار أمرٌ آخرُ وراء الخروج.

حلف: لا يخرج إلى مكة، فخرج يريد مكة ثم رجع من الطريق

(وإن حلف: **لا يخرج إلى مكة، فخرج يريد مكة، ثم رجع من الطريق، [حنث]**[٣])؛ لأن الخروج إلى مكة: هو الانفصال على قصد مكة، وقد وُجد، قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [النساء: ١٠٠]، وأراد به: الانفصال دون الوصول.

حلف: لا يأتي مكة

(ولو حلف: **لا يأتي مكة، لا يحنث إلَّا بالوصول إليها**)؛ لأن إتيانها لا يكون إلَّا بالوصول إليها، قال الله تعالىٰ: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦]، وأراد به: الوصول.

---

(١) في نسخة الجامع الصغير (الباز) (ثم أتىٰ منزله فتغدَّىٰ)، ص٢٦١.
(٢) في ب (الانتقال)، وما بعدها من العبارات نحوها.
(٣) في (لا يحنث)، والمثبت من سائر النسخ.

حلف: لا يذهب إلى مكة

ولو حلف: لا يذهب إلى مكة، اختلف المشايخ فيه، قال نصير بن يحيىٰ: هو بمنزلة الإتيان؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ٱذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ﴾ [طه: ٤٣]، وأراد به: الإتيان، وقال محمد بن سلمة: الذهاب بمنزلة الخروج، وهو الصحيح؛ فإن الرجل إذا قصد سمرقند وخرج من بخارىٰ، صح أن يقال: ذهب إلى سمرقند، وهذا إذا لم ينو شيئًا.

فإن نوىٰ به الإتيان أو الخروج، صحّت نيته؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله لفظه.

أرادت المرأة الخروج فقال الزوج: إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت

(**وإذا أرادت المرأة أن تخرج، فقال لها الزوج: إن خرجت فأنت طالق، فجلست، ثم خرجت، لم يحنث**).

وهذه خمس مسائل: إحداها هذه.

[١١٨/ب]

أراد أن يضرب عبده فقال له رجل: إن ضربته فعبدي حر

والثانية: (**إذا أراد أن يضرب عبده، فقال له رجل: إن ضربته، فعبدي حر، فكف عن ضربه، ثم ضربه، لم يحنث بضربه**).

ومنها: (**إذا قال له رجل: اجلس فتغدّ [عندي]، فقال: إن تغدَّيت فعبدي حر، فرجع إلى منزله، ثم عاد وتغدَّىٰ عنده، لم يحنث**)، والقياس: أن يحنث.

وهذه الأيمان تسمَّىٰ: يمين الفور.

وجه القياس: إطلاق الكلام، وجه الاستحسان: إنَّما لا يحنث في مسألة الغداء؛ لأنه أخرج الكلام مخرج الجواب، فتضمن إعادة ما في السؤال، فيتقيد بالغداء المدعو إليه.

وفي الفصيلين الآخرين: مقصود الحالف: منعه مما قصد من الخروج والضرب، فيتقيد به دلالة.

حلف: لا يسكن هذه الدار فخرج ولا يريد العود وأهله ومتاعه فيها

(رجل حلف : لا يسكن هذه الدار، فخرج منها وهو لا يريد العود إليها، وأهلُه ومتاعُه فيها، حنث في يمينه)؛ لأن الإنسان يُعَدُّ ساكنًا في الدار عرفًا بسكنىٰ الأهل، يقال [للسوقي]: فلان ساكن في محلة في كذا، وإن كان عامة نهاره في السوق.

قيل: هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية، فخرج عنها وترك أهله ومتاعه [فيها]، لا يحنث.

حلف: لا يسكن هذه البلدة فخرج منها وترك أهله ومتاعه فيها

ولو حلف: لا يسكن هذه البلدة، فخرج منها وترك أهله ومتاعه فيها، لا يحنث [وبرَّ] في يمينه، هكذا روي عن أبي يوسف؛ لأنه لما خرج هو بنفسه، انتقض سكناه، لا يقال لمن كان بالكوفة، وأهله ومتاعه بالبصرة: هو من ساكني البصرة.

حلف: لا يسكن هذه القرية

ولو حلف: لا يسكن هذه القرية، اختلف المشايخ فيه، والصحيح: أن القرية بمنزلة المصر، والمحلة بمنزلة الدار.

إذا شرط لِلْبَرِّ نقل المتاع والأهل

وفي مسألة الدار: إذا شرط لِلْبَرِّ نقل المتاع والأهل، اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة: يشترط نقل الكل، حتى لو ترك وتدًا مثلاً، حنث في يمينه؛ لأن سكناه كان ثابتًا، فيبقىٰ ببقاء جزء منه، هذا كما قال في العصير: لا يصير حرامًا ما بقي جزء من العصير، ولم يقذف بالزَّبَد، وكذا قال في دار الإسلام: أنها لا تصير دار حرب ما بقي فيها مسلم واحد [أمن] بأمانه الأول.

وقال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الباقي مما يقصد بالسكنىٰ، أما إذا لم يكن كذلك، كالوتد والمكنسة ونحوها، لا يشترط نقله، وعن أبي يوسف: أنه إذا نقل الأكثر، بَرَّ في يمينه؛ لأن للأكثر حكم الكل، وقال محمد: إن نقل ما يقوم به الكَدْخُذَائِيَته بَرَّ في يمينه؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنىٰ، فلا يشترط نقله، وهو حسن.

وإذا أراد البَرَّ، ينبغي أن يأخذ في النقلة من غير تأخير، فما دام مشغولاً بالنقلة، لا يحنث وإن طال الزمان، أو كان في طلب مسكن آخر ولم يترك الطلب حتى وجد، لا يحنث؛ لأنه عذرٌ.

حلف في الليل: أن لا يسكن، وخاف من اللصوص، فمكث

وكذا إذا حلف في الليل: أن لا يسكن، وخاف من اللصوص، فمكث حتى أصبح، ثم أخذ في النقلة بعد طلوع الفجر من غير تأخير، لا يحنث، وكذا إذا سُدَّ عليهم باب السكة قَهْرًا، فبقي فيه يومًا وليلة، لا يحنث، وكذا لو كان الرجل شريفًا، أو ضعيفًا، لا يمكنه نقل المتاع بنفسه، ولم يجد من ينقلها، لا يحنث؛ لأن ما ليس في وسعه، يكون مستثنىٰ عن اليمين.

وإن نقل متاعه إلى السكة، أو إلى المسجد، ولم يشتغل بطلب مسكن آخر، اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يحنث؛ لأنه لم يبق ساكنًا، وقال بعضهم: يحنث؛ لأن سكناه لا ينتقض إلَّا بسكنىٰ أخرىٰ.

واستدل بمسألة ذكرها في «الزيادات»: كوفي باع داره بالكوفة، ونقل عياله إلى مكة؛ ليستوطن بها، فلما دخلها وتوطَّن بها، بدا له أن يرجع إلى خراسان، فمر بالكوفة، فإنَّه يصلي بها ركعتين؛ لأنَّ وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة، ألَّا يتوطن بمكَّة ويرجع إلى خراسان، فمر بالكوفة، فإنه يصلي بالكوفة أربعًا؛ لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنًا آخر، كذلك هاهنا.

حلف: لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبده المأذون

(رجل حلف: لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبده المأذون له، لم يحنث، مديونًا كان العبد أو لم يكن)، أما إذا كان عليه دين مستغرق؛ فلأنَّ عند أبي حنيفة: دين العبد يمنع وقوع الملك للمولىٰ في كسبه، فلا يحنث وإن نواه.

وإن لم يكن عليه دين مستغرق، ولم ينو الحالف ذلك، لم يحنث أيضًا، وإن نوىٰ ذلك لا يحنث في قوله الأول، ويحنث في قوله الآخر؛ لأن كسب العبد وإن كان ملكًا للمولىٰ؛ إلَّا أنه يضاف إلى العبد أيضًا، قال عليه الصلاة والسلام: «**من باع عبدًا وله مال، فهو للبائع، إلَّا أن يشترط ذلك للمبتاع**»[1]، فكان في الإضافة إلى المولىٰ نوع قصور، فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلَّا بالنية؛ لأن المطلق يتناول الكامل، وإن نوىٰ صحّت النية؛ لأنه نوىٰ الناقص.

قال أبو يوسف: لا يحنث في الوجهين ما لم ينو، وإن نوىٰ حنث في الوجهين؛ لأن عنده: دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولىٰ، إلَّا أنه يضاف إلى العبد أيضًا، فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلى المولىٰ إلَّا بالنية. [١١٩/أ]

وعند محمد: يحنث في الوجهين، نوىٰ أو لم ينو؛ لأن شرط الحنث: ركوب دابة مملوكة للمولىٰ، وقد وجد؛ لأن دين العبد لا يمنع تملُّك المولىٰ، فيحنث على كل حال.

رجل قال لآخر: إن لم آتك غدًا إن استطعت فامرأته طالق

رجل قال لآخر: إن لم آتك غدًا إن استطعت، فامرأته طالق، فلم يمرض، ولم يمنعه السلطان، ولا غيره، ولم يجئ أمرٌ لا يقدر على إتيانه، فلم يأت، حنث في يمينه؛ لأن الاستطاعة عند الناس: هي الاستطاعة من حيث الأسباب وانعدام الموانع، قال الله تعالىٰ: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وفسّره عليه الصلاة والسلام بملك الزاد والراحلة[2]، يقال: فلان يستطيع كذا،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٢٠)، وأصحاب السنن.

(٢) «... قال: قيل: يا رسول الله ما السبيل؟ قال: الزَّاد والرَّاحلة» (بلفظ الحاكم)، «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرِّجاه»، المستدرك ١/٦٠٩؛ =

وفلان لا يستطيع، وهذا إذا لم يكن له نيّة، أو نوىٰ الاستطاعة من حيث الأسباب، وإن نوىٰ الاستطاعة الحقيقية الذي يحدث الله تعالىٰ مع الفعل: وهي الاستطاعة من حيث القضاء والقدر، يُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن الاستطاعة تذكر ويراد بها ذلك، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩]، ولا يُصدَّق قضاءً؛ لأنه نوىٰ خلاف الظاهر، وفيه تخفيف على نفسه، وفي رواية أخرىٰ: يُصدَّق قضاءً أيضًا؛ لأنه نوىٰ حقيقة مستعملة. [والله تعالىٰ أعلم].

***

= والترمذي (٢٩٩٨)؛ وابن ماجه (٢٨٩٦)؛ والدارقطني ٢/٢١٨؛ والطبراني في الكبير ١١/٢٣٥؛ تفسير الطبري ٤/١٧.

بَابُ
اليَمِيْنِ فِي الكَلَامِ

حلف: لا يُكلم فلانًا شهرًا

(**رجل حلف : لا يُكلم فلانًا شهرًا، فهو على شهر من حين حلف**)؛ لأنه لو اقتصر على قوله: لا أكلم فلانًا، ينصرف إلى الأبد، فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه، فبقي الشهر داخلاً تحت اليمين، كما في قوله: آجرت منك هذا الدار شهرًا، فإنها تنصرف إلى الشهر الذي يلي العقد، بخلاف ما لو قال: لله علي أن أصوم شهرًا، فإنه لا يتعين الشهر الذي يلي النذر؛ لأن ثمة لو اقتصر على قوله: لله عليه أن أصوم، لا يتناول العمر؛ لأن ذلك ليس في وسعه، فكان الشهر لتقدير ما التزم، وقد التزم شهرًا منكرًا، فلا يتعين الشهر الذي يلي النذر.

حلف: لا يتكلم فقرأ القرآن، أو هَلَّلَ

(**ولو حلف : لا يتكلم، فقرأ القرآن، أو هَلَّلَ، أو سَبَّحَ، أو كَبَّرَ، لا يحنث، فإن قرأ خارج الصلاة، أو هلَّل، أو كبَّر، أو سبَّح، حنث**)، والقياس: أن يحنث في الوجهين؛ لوجود حد الكلام: وهو الصوت المسموع، والحروف المنظومة؛ ولهذا كان كلاماً خارج الصلاة.

وللاستحسان وجهان: أحدهما: أنه لا يُعَدُّ كلامًا عُرْفًا، قال عليه الصلاة والسلام: «**إن الله تعالىٰ يحدث من أمره ما يشاء، وإن مما أحدث : أن لا**

يتكلم أحد في الصلاة»[1]، ولم يفهم منه ترك القراءة والتسبيح.

والثاني: أنه وإن كان كلامًا حقيقةً وعرفًا، لكنه مستثنىٰ عن اليمين؛ لأن اليمين تعقد للبَرِّ، ولو لم يكن [مستثنى تعذَّر عليه البَرّ. قال مشايخنا: هذا في عرفهم، أمَّا في عُرْفنا: إذا قرأ، أو كبَّر، أو هَلَّلَ خارج الصَّلاة]، لا يُعَدُّ تكلمًا.

ولو أنشد شعر العرب، أو تكلم بأي لسان كان، كان كلامًا وحنثًا؛ لوجود شرط الحنث.

حلف: لا يكلم فلانًا فناداه من بعيد

ولو حلف: لا يكلم فلانًا، فناداه من بعيد، فإن كان بحيث لا يسمع صوته، لا يحنث؛ لأنه لم يسمعه، وإن كان البُعْد بحيث يسمع صوته، حنث.

وكذلك لو كان المحلوف عليه نائمًا، فناداه الحالف، فإن أيقظه حنث؛ لأنه أسمعه، وإن لم يوقظه لا يحنث في رواية؛ لأنه إذا لم يفهمه، كان بمنزلة الميت، أو بمنزلة ما لو كان بعيدًا عنه، بحيث لا يسمع، ويحنث في رواية؛ لأنه حَيٌّ من أهل الكلام، وإنما لم يسمع بعارض النوم، فيحنث، كما لو كَلَّمَه وهو أصمٌّ.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمَّة السرخسي: الصحيح: أنه لا يحنث؛ لأنه إذا لم يتنبَّه، كان بمنزلة الغائب البعيد.

إن سَلَّمَ الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه

وإن سَلَّمَ الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه، حنث؛ لأنه كلم الكل، والزيادة على الشرط لا تمنع الحنث، وإن قال: قصدت من دونه، دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يُديَّن في القضاء؛ لأنه نوىٰ التخصيص.

---

(١) أخرجه البخاري (٧٠٨٣) تعليقًا؛ وابن خزيمة في صحيحه ٢/ ١١٩؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢/ ٢٤٨؛ قال ابن الملقن: «هذا حديث صحيح، رواه أبو داود في سننه، وابن حبان في صحيحه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه»، البدر المنير ٤/ ١٧٣.

إن كان الحالف إمام المحلوف عليه فسلَّم الحالف

وإن كان الحالف إمام المحلوف عليه، فسلَّم الحالف، لا يحنث.

أما في التسليمة الأولىٰ؛ فلأنها حصلت في الصلاة، وفي التسليمة الثانية روايتان، والأصح: أنه لا يحنث؛ لأنه في الصلاة من وجه، ولهذا يسجد للسهو بعد التسليمتين.

إن كان الحالف مقتديًا بالمحلوف عليه فسلم بعد سلام الإمام

وإن كان الحالف مقتديًا بالمحلوف عليه، فسلم بعد سلام الإمام، قالوا: على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يحنث؛ لأن عندهما: سلام الإمام لا يخرج المؤتمَّ، وعلى قول محمد: يخرج، فيحنث.

وإن كان الحالف مقتديًا بالمحلوف عليه، ففتح على الإمام أو سها أمامه، فسبّح الحالف، لا يحنث؛ لأن ذلك ليس بكلام عرفًا، ولهذا لا يفسد الصلاة.

إن كتب إليه أو أرسل رسولاً

وإن كتب إليه أو أرسل رسولاً، لم يحنث؛ لأن الكلام ما يكون من الحاضر من غير واسطة؛ ولهذا لا يقال: كلمنا الله تعالىٰ، وإن أتانا كتابه ورسوله. [١١٩/ب]

لو قال: يوم أكلم فلانًا فامرأته طالق

(**ولو قال: يوم أكلم فلانًا، فامرأته طالق، فهو على الليل والنهار**)؛ لأن الكلام مما لا يَمْتدُّ، واليوم إذا قرن بفعل لا يمْتدُّ، يراد به: مطلق الوقت، (**فإن قال: عنيت النهار خاصة، دُيِّنَ في القضاء**)، وفيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ حقيقة كلامه.

لو قال: ليلة أكلم فلانًا، فامرأته طالق

(**ولو قال: ليلة أكلم فلانًا، فامرأته طالق، فهو على سواد الليل**)؛ لأنه لا يستعمل لغيره، والنهار لا يستعمل إلَّا للبياض.

لو قال: إن كَلّمت فلانًا، إلَّا أنْ يقدم فلان فامرأته طالق

(**ولو قال: إن كَلَّمْت فلانًا، إلَّا أنْ يقدم فلان، أو حتىٰ يقدم فلان، أو إلَّا أنْ يأذن فلان، أو حتىٰ يأذن فلان، فامرأته طالق، فكَلَّمَه قبل القدوم، أو الإذن، حنث، وإن كلمه بعد القدوم وبعد الإذن، لم يحنث**)؛ لأن كلمة

«حتىٰ» للغاية، فكان القدوم غاية، فينتهي اليمين بوجُودها، فإذا كلَّمه قبل القدوم وقبل الإذن، فقد كلمه حال بقاء اليمين، فيحنث، وإن كلمه بعد الإذن، فقد كلمه بعد انتهاء اليمين، فلا يحنث.

إن مات فلان قبل القدوم

(وإن مات فلان قبل القدوم وقبل الإذن، **بطلت اليمين**)؛ لأنها انعقدت مؤقّتة إلى غاية الإذن، وبعد الموت لا يتصور الإذن والقدوم، ولو بقيت اليمين، بقيت مُطْلَقَةً، وبين المطلق والمؤقت تضاد وتناف، فإذا تعذر الإبقاء، تعين [البطلان][1]، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وعلى قول أبي يوسف: تبقىٰ اليمين؛ لأن عنده: تصور المحلوف عليه ليس بشرط لانعقاد اليمين، فلا يكون شرطًا للبقاء، وكذا قوله: إلَّا أن يأذن لي فلان، أو إلَّا أن يقدم فلان؛ لأنَّ كلمة «إلَّا أن» إذا دخلت على ما يتوقَّت، يراد بها: الغاية، قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وأراد به الغاية، وإذا دخل على اليمين، واليمين مما يتوقَّت، كان غايةً.

قوله: أنت طالق إلَّا أن يقدم فلان

وهذا بخلاف قوله: أنت طالق إلَّا أن يقدم فلان، فإن هناك: إن قدم فلان لا تطلق، وإن مات قبل القدوم، طلقت؛ لأن ثمة كلمة «إلَّا أن» في معنىٰ الشرط؛ لأن كلمة «إلَّا» للاستثناء حقيقة، فإن تعذر حملها على الاستثناء؛ [لِقِرَانِ] كلمة «أنْ»، ودخل على ما يتوقَّت، تحمل على الغاية؛ لأن بين الاستثناء والغاية مناسبة من حيث إن حكم ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعد الغاية، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعد الاستثناء، وإذا دخل على ما لا يتوقَّت وتَعَذَّر حملها على الغاية، تجعل مجازًا عن الشرط؛ لأن بين الاستثناء والشرط مناسبة أيضًا، إلَّا أن مناسبة الغاية أكثر؛ لأن في الاستثناء

---

(١) في أ (الطلاق)، والمثبت من ب، د.

حكم الكلام ثابت في المستثنىٰ منه للحال، وكذلك في الغاية، حكم الكلام ثابت قبل وجود الغاية، وينتهي عند وجود الغاية، أما في الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط، إلَّا أن بين الاستثناء وبين الشرط مناسبة من حيث إن حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعد الشرط، وفي الغاية هذا ثابت وزيادة، فلا تجعل [مجازًا] للشرط ما لم يتعذر حمله على الغاية، وهاهنا تعذر حمله على الغاية؛ لأن الطلاق مما لا يتوقَّت، فجعل مجازًا عن الشرط، وإذا صار مجازًا عن الشرط، صار كأنه قال: أنت طالق إن لم يقدم فلان، ولو صرّح بذلك، كان حكمه ما قلنا.

حلف: لا يكلم عبد فلان، فباع فلان عبده، فكلَّمه

(**ولو حلف : لا يكلم عبد فلان، فباع فلان عبده، فكَلَّمَه الحالف، لا يحنث**).

وجنس هذه المسائل على قسمين: إما أن كانت الإضافة إضافة ملك: كالعبد، والدار، والثوب وغير ذلك، أو كانت إضافة نسبة: كالصديق والزوجة ونحوهما، وكل ذلك على وجهين: إما أن جمع بين الإضافة والإشارة، أو أفرد الإضافة عن الإشارة.

ففي إضافة الملك إذا أفرد الإضافة عن الإشارة، (**فقال : لا أكلم عبد فلان، لا أدخل دار فلان، لا أركب دابة فلان، فباع فلان عبده أو داره، فكلَّمه الحالف، أو دخل الدار، لا يحنث**)؛ لأن الحالف منع نفسه عن كلام عبد مضاف إلى فلان، وبالبيع انقطعت الإضافة، فلا يحنث.

ولو لم يكن في ملك فلان عبد وقت اليمين، واشترىٰ فلان عبدًا أو دابةً، فكلَّمه الحالف، أو ركب، حنث؛ لوجود شرط الحنث، وهو كلام عبد مضاف إلى فلان.

إذا دخل الحالف دارًا اشتراها فلان بعد اليمين

وكذا إذا دخل الحالف دارًا اشتراها فلان بعد اليمين، حنث في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يحنث في الدار بملك حادث، وعنه في رواية: أن اليمين في جميع ذلك تنصرف إلى الملك القائم دون الحادث، وفي ظاهر الرواية: فرَّق أبو يوسف بين الدار وبين غيرها، فقال: الدار مما لا يستحدث [١٢٠/أ] فيها الملك عادة، فكان مقصود الحالف: الامتناع عن دخول دار مضافة إلى فلان وقت اليمين، فتقيد اليمين بها.

ولهما: أن اللفظ مطلق، فيتناول الكل، وما قال من العادة، قلنا: العادة مشتركة، فلا يصلح مقيدًا، هذا إذا أفرد الإضافة عن الإشارة.

فإن جمع بينهما فقال: لا أدخل دار فلان هذه، أو لا أكلم عبد فلان هذا، فباع فلان داره أو عبده، فدخل الحالف، أو كلّم، لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث في قول محمد وزفر.

لمحمد: أن الإضافة للتعريف، والإشارة كذلك، والإشارة أبلغ؛ لأن الإضافة لا تقطع شركة الغير، والإشارة تقطع، فتعتبر الإشارة دون الإضافة، وإذا اعتبرت الإشارة، صار كأنه قال: لا أدخل هذه الدار، أو لا أكلم هذا العبد، فإذا دخل، أو كلّم، حنث.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن شرط الحنث: دخول دار مُعَيَّنَةٍ مضافة إلى فلان، وقد انقطعت الإضافة، فلا يحنث، والمعنىٰ فيه: أن المملوك لا يُهجَر لعينه، وإنما يُهجَر لأجل المالك، فإنما يُقدِم على اليمين لإظهار غيظٍ لَحِقَه من جهة المالك، وتقييد اليمين بهذا المحل، كان لعداوة وقعت بينهما بسبب هذا المحل، فإذا اختلف المقصود من الإضافة والإشارة، وجب اعتبارهما.

فإن قيل: هذا إذا كان يستقيم في الثوب والدار، لا يستقيم في العبد؛ لأن العبد آدمي يُهجَر لعينه.

قلنا: ذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة: في العبد كما قال محمد، والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن العبد لِخِسَّته ساقط الاعتبار عند الأحرار، فلا يقصد باليمين: إظهار الغيظ من جهته، وإنما يقصد: إظهار الغيظ من المالك، فلا يحنث بعد زوال الملك.

وإن كانت الإضافة إضافة نسبة، بأن قال: والله لا أكلم صديق فلان، أو زوجة فلان، فإن جمع بين الإضافة والإشارة فقال: لا أكلم زوجة فلان هذه، أو صديق فلان هذا، فكلّم بعد زوال الزوجية والصداقة، حنث في قولهم؛ لأن الحر يُهجَر لعينه، وقد يُهجَر لغيره أيضًا، فإذا جمع بين الإضافة والإشارة، تعين الهجران لعينه، إذ لو كان الهجران لغيره، لا اقتصر على الإضافة، فكان المقصود من الإضافة ما هو المقصود من الإشارة: وهو إظهار الغيظ من جهة المشار إليه، لا من جهة المضاف إليه، وإذا اتحد المقصود، اعتبرت الإشارة دون الإضافة؛ لأن الإشارة أقوىٰ، بخلاف المملوك.

وإن أفرد الإضافة عن الإشارة فقال: لا أكلم صديق فلان، أو زوجة فلان، فكلم بعد زوال الزوجية والصداقة، لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث في قول محمد، ذكر قولهما في هذا الكتاب، وقول محمد في «الزيادات».

وجه قوله: أن الداعي إلى اليمين: غيظٌ لَحِقَه لا من جهة المضاف إليه؛ لأن الحر يقصد بالهجران، فكانت الإضافة هاهنا للتعريف بمنزلة الإشارة، ألا ترىٰ أنه لو كلم الحالف امرأة تزوجها فلان بعد اليمين، لا يحنث، وإذا كانت الإضافة هاهنا للتعريف، وحصل التعريف، لا يشترط بقاء الإضافة.

ولهما: أن الحر يحتمل الهجران لغيره، فإذا ترك الإشارة، دلّ ذلك على أن الداعي إلى اليمين: غيظٌ لَحِقَهُ من جهة المضاف إليه، إذ لو كان لعينه؛ لما اقتصر على الإضافة، فإن لم يكن لفلان صديق ولا زوجة، فاستحدث، فكلّمه الحالف، ينبغي أن يحنث عندهما على هذا الأصل.

حلف: لا يكلم صاحب هذا الطَّيْلَسَان فكلمه بعدما باعه

(**رجل حلف : لا يكلم صاحب هذا الطَّيْلَسَان، فكلمه بعدما باع الطَّيْلَسَان، حنث**) بالإجماع؛ لأن الإنسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطَّيْلَسَان لأجل الطَّيْلَسَان، فكانت الإضافة للتعريف بمنزلة الإشارة.

وإن كلّم مشتري الطَّيْلَسَان لا يحنث؛ لِمَا قلنا: إن الإضافة كانت بمنزلة الإشارة. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
الحِنْثِ فِي اليَمِيْنِ عَلَى الحِيْنِ والزَّمَانِ

حلف: ليصُوْمَنَّ حِيْنًا أو زَمَانًا، إن نوى شيئًا

(رجل حلف: ليصُوْمَنَّ حِيْنًا، أو زَمَانًا، إن نوىٰ شيئًا، فهو على ما نوىٰ، وإن لم ينو شيئًا، فهو على ستة أشهر)؛ لأن الحين يذكر ويراد به أربعون سنة، قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، وأراد به: أربعين سنة، ويذكر ويراد به: ستة أشهر، قال الله تعالىٰ: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥]، قال ابن عباس: هو ستة أشهر، ويذكر ويراد به: الساعة، قال الله تعالىٰ: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، ونحن نعلم أن الحالف لا يريد به الساعة، فينصرف إلى ما زاد على الساعة من أدنىٰ المقادير؛ لأنه المتيقن؛ ولأنه الوسط.

والزمان والحين سواء، يقال: لم أَرَكَ منذ حين، ومنذ زمان.

[١٢٠/ب]

لو حلف: لا يكلمه الدهر

ولو حلف: لا يكلمه الدهر، قال أبو يوسف ومحمد: وهو والحين سواء، وذكر في «الجامع الكبير»: أن الدهر المعروف ينصرف إلى العمر عندهم، قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، جعل الحين جزءاً من الدهر، وأراد بالحين: أربعين سنة، فيجب أن يكون الدهر أكثر منه، وذلك هو العمر.

أما إذا قال: دهرًا، عندهما: على ستة أشهر، وأبو حنيفة توقف فيه، وقال: لا أردي ما هو، وإنما توقف فيه؛ لأنه وجد استعمال الناس مختلفًا فيه، فلم يقف على مراد المتكلم عند الإطلاق، والتوقف عند تعارض الأدلة وترك الترجيح من غير دليل، لا يكون إلَّا من كمال العلم والورع، وروي: «**أن ابن عمر رضي الله عنه سئل عن شيء، فقال: لا أدري، ثم قال بعد ذلك: طوبىٰ لابن عمر، سئل عن شيء لا يدري، فقال: لا أدري**»[1].

وهما قالا: بأن الدَّهْر المُنْكَّرَ يستعمل استعمال الحين، يقول الرجل لغيره: لم أرك منذ دهر، ولم أرك منذ حين.

ثم الحين ينصرف إلى ستة أشهر عند الإطلاق، فكذلك الدهر، ومن الناس من قال: [الخلاف] في الدَّهْرِ: المُعَرَّفُ والمُنْكَّرُ واحد.

قال لعبده: إن خدمتني أيامًا كثيرة، فأنت حُرٌّ

(**رجل قال لعبده: إن خدمتني أيامًا كثيرة، فأنت حُرٌّ، ولم ينو شيئًا، قال أبو حنيفة: الأيام الكثيرة: عشرة أيام، وقال أبو يوسف ومحمد: سبعة أيام**)، ولو قال: إن خدمتني الأيام، فهو على هذا الخلاف أيضًا.

ولو قال: إن خدمتني أيامًا، ذكر في «الجامع»: أنها على ثلاثة أيام عندهم، وذكر في الأيمان من «الأصل»: أنها على عشرة أيام في قول أبي حنيفة، قالوا: ما ذكر في الأصل غلط من الكاتب، والصحيح: ما ذكر في «الجامع».

لهما: أن الألف واللام للمعهود، والأيام المعهودة: هي الأيام السبعة، تدور عليها الشهور، فينصرف إليها، وكذا إذا قال: أيامًا كثيرةً؛ لأنه لما ذكر الكثرة، تبيّن أنه لم يرد به أقل الجمع، وليس بعض الأعداد فوق الثلاث بأولىٰ من البعض، فينصرف إلى المعهود.

---

(١) المبسوط ٩/١٧.

ولأبي حنيفة: أن معهود هذا الجمع عشرة؛ لأن اسم الأيام ينتهي بالعشرة.

فإن قيل: العشرة تسمّىٰ أيامًا مطلقًا، ومقرونًا بالعدد، يقال: [ثمانية] أيام، وعشرة أيام، وإذا جاوز العشرة، لا تسمّىٰ أيامًا مقرونًا بالعدد، و[إنَّمَا] يقال: أحد عشر يومًا، ولا يقال: أحد عشر أيامًا، فثبت أن معهود الأيام عشرة، فتنصرف إليها، وكذلك الشهور عندهما: تنصرف إلى اثني عشر شهرًا؛ لأنه هو المعهود في الشهور، وعند أبي حنيفة: تنصرف إلى العشرة.

لو قال: شهورًا، أو أيامًا

ولو قال: شهورًا، أو أيامًا، تنصرف إلى الثلاث؛ لأنه أقل الجمع، ولم يوجد هاهنا ما يوجب الصرف إلى المعهود، فينصرف إلى الثلاث.

من المشايخ من قال: الخلاف الذي ذكرنا في الأيام فيما إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية، تنصرف إلى أيام الجمعة، وهي سبعة أيام، بلا خلاف.

بَابُ
اليَمِيْن فِي العِتْقِ

قال لامرأته: إذا ولدت ولدًا، فأنت طالق، فولدت ولدًا ميتًا

(**رجل قال لامرأته: إذا ولدت ولدًا، فأنت طالق، فولدت ولدًا ميتًا، طلقت، أو قال لأمته: إذا ولدت ولدًا، فأنت حُرَّة، فولدت ولدًا ميتًا، وقع الطلاق والعتاق**)؛ لأن الشرط: ولادة الولد، وقد وجد؛ لأن الولد اسم للمولود، والولد الميت مولود؛ ولهذا تنقضي به العدة، وتصير الجارية به أم ولد، ويبعث يوم القيامة، ويرجىٰ شفاعته، قال عليه الصلاة والسلام: «**إن السقط ليقوم مُحْبَنْطِئًا على باب الجنة، ويقول: لا أدخل حتى يدخل معي أبواي**»[1]، دل الحديث على أن أولاد المسلمين يبعثون يوم القيامة ويدخلون الجنة.

لو قال لجاريته: إذا ولدت ولدًا فهو حر فولدت ولدًا ميّتًا

(**ولو قال لجاريته: إذا ولدت ولدًا فهو حر، فولدت ولدًا ميّتًا، ثم ولدت ولدًا حيًّا، عتق الحي في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقالا: لا يعتق**)، والمسألة معروفة في المختلف.

لو قال: أول عبد أشتريه فهو حر

(**ولو قال: أول عبد أشتريه فهو حر، فاشترىٰ عبدًا، عتق**)؛ لأنه أضاف العتق إلى أول عبد يشتريه، والأول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره، وقد وجد.

---

(١) أخرجه أبو حنيفة في مسنده (مع شرح القاري) ١/٢٥٢؛ والسيوطي في التطريف في التصحيف ١/٧٩.

(وإن اشترىٰ عبدين معًا، ثم عبدًا، لم يعتق واحد منهم)، أما الأول؛ فلعدم التفرد [فيهما، وأما الثالث]؛ فلأنه ليس بسابق، وكذا لو قال: أول عبد أملكه واحدًا، فهو حر، فملك عبدين، ثم عبدًا، لم يعتق واحد منهم، وهذا والأول سواء؛ لأن قوله: «واحدًا» صفة العبد، يقال: عبد واحد، وهذا الإفراد ثابت بقوله: أول عبد، فهذا لا يفيد إلَّا ما أفاده الأول؛ لأن أحدًا لم يتصف بصفة الأوّليّة.

لو قال: أول عبد أشتريه وحده فهو حر، فاشترى عبدين

(ولو قال: أول عبد أشتريه وحده فهو حر، فاشترىٰ عبدين، ثم عبدًا، عتق الثالث)؛ لأنه أضاف العتق إلى أول عبد يشتريه بصفة التفرد؛ لأن قوله: «وحده» يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به: [وهو الشراء]، والثالث بهذه الصفة، فيعتق، كما لو قال: أول عبد أشتريه بالدراهم، فهو حر، فاشترىٰ عبدًا بالدنانير، ثم اشترىٰ عبدًا بالدراهم، عتق الثاني. [١٢١/أ]

أما في المسألة الأولىٰ: أضاف العتق إلى أول عبد يشتريه، ولم يتعرض لصفة العبد، فيراعىٰ الانفراد في [ذات][1] العبد، لا في صفة العبد؛ فلهذا يعتق، ألا ترىٰ أنه لو قال: ما في الدار رجل واحد، وفيها رجلان، كان كاذبًا، ولو قال: ما فيها رجل وحده، وفيها رجلان، كان صادقًا.

إن قال: آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدًا ثم عبدًا

(وإن قال: آخر عبد أشتريه فهو حر، فاشترىٰ عبدًا، ثم عبدًا، ثم مات، عتق الثاني)؛ لأن الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه، والثاني بهذه الصفة.

(وإذا أعتق، عند أبي حنيفة: يستند العتق إلى وقت الشراء، حتى لو اشتراه في صحّته يعتق من جميع المال، وعندهما: يقتصر على الموت، فيعتق من ثلث ماله على كل حال).

---

(١) في أ (ذكر)، والمثبت من ب، د.

لهما: أن صفة الآخريّة إنما تثبت بعدم شراء الآخر بعده، وعدم الشراء لا يتحقق إلَّا بالموت، فيقتصر على الموت، كما لو قال للعبد الثاني: إن لم أشتر عليك عبدًا، فأنت حر، فإنه يعتق مقصورًا على الموت.

ولأبي حنيفة: أن الثاني آخر كما اشتراه بعد الأول، إلَّا أن الآخرية يعرض أن تزول بشراء الآخر بعده، فلا يعتق ما لم يستقر، فإذا مات لم يبطل صفة الأخرية، فيعتق من ذلك الوقت، كما لو قال لأمته: إذا حِضْتِ فأنت حرّة، فرأت الدم، لا تعتق، فإن استمر الدم ثلاثة أيام، عتقت من حين رأت الدم.

وعلى هذا الخلاف: إذا قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة، ثم امرأة، ثم مات، عندهما: يقع الطلاق مقصورًا على الموت، حتى تستحق الميراث، وعند أبي حنيفة: يقع الطلاق مستندًا إلى وقت التزوج، فلا تستحق.

قال: كل عبد بشرني بولادة فلانة، فهو حر وبشره ثلاثة

(**رجل قال: كل عبد بشرني بولادة فلانة، فهو حر، وبشره ثلاثة أعبد متفرقين، يعتق الأول**)؛ لأن البشارة لغة: اسم لخبر صدق عارٍ عن المخبر علمه، سارًّا كان أو محزنًا، قال الله تعالىٰ: ﴿**فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ**﴾ [آل عمران: ٢١]، وفي العرف: يستعمل في الخبر السارِّ الصدق الذي غاب عن المخبر علمه، وهذا حصل بالأول، أما الثاني أخبره بما كان عالمًا به، فلا يكون مبشِّرًا.

والأصل فيه: ما روي: أن النبي عليه الصلاة والسلام مرَّ بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وهو كان يقرأ القرآن، فقال عليه الصلاة والسلام: «**من أراد أن يقرأ القرآن غضًّا طريًّا كما أنزل، فليقرأ بقراءة ابن أم عبد الله**»[1]، فابتدر إليه أبو بكر وعمر للبشارة، فسبق أبو بكر، ثم أخبره عمر، وكان ابن مسعود كلما يحكي هذه الحكاية يقول: بشرني أبو بكر، وأخبرني عمر.

---

(١) أخرجه الخطيب في تاريخ بغداد ٤/٣٢٦؛ وأبو يوسف في الآثار ١/٤٣؛ وابن أبي شيبة في مسنده ١/٢٦٥.

وإن بشّروه معًا، عتقوا جميعًا؛ لأن كل واحد منهما أخبره بما لم يكن عالمًا، فتضاف البشارة إليهم، والبشارة كما تكون من الواحد، تكون من الجماعة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨].

وإن أرسل أحد العبدين صاحبه إلى مولاه؛ ليخبره بذلك، فإن أخرج الرسول كلامه على وجه الرسالة، عُتِق المرسِل؛ لأنه هو المبشِّر، لكن بلسان غيره، فيضاف إلى الأول، قال الله تعالىٰ: ﴿فَبَشَّرْنَٰهَا بِإِسْحَٰقَ وَمِن وَرَآءِ إِسْحَٰقَ يَعْقُوبَ﴾ [هود: ٧١]، وإن لم يخرج الكلام مخرج الرسالة، ولكن قال للمولىٰ: قد ولدت فلانة، فإنه يعتق الرسول؛ لأنه هو الذي أخبره بما لم يكن عالمًا، إلَّا أن المخبر سمع ذلك من غيره، وبهذا لا يخرج من أن يكون مبشِّرًا.

ولو قال: كل عبد أخبرني بولادة فلانة فهو حر، فأخبره ثلاثة متفرقين، عتقوا جميعًا؛ لأن كلام كل واحد منهم وقع خبراً؛ إذ ليس من شرط كونه خبرًا، أن يخبروا بما لم يكن عالمًا؛ لما روينا من الحديث.

قال: إن اشتريت فلانًا فهو حر، فاشتراه ناويًا عن كفارة يمينه

(**رجل قال: إن اشتريت فلانًا فهو حر، فاشتراه ناويًا عن كفارة يمينه، لم يجزه**)؛ لأن الإعتاق قوله: أنت حر، والشراء شرط، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط، والإعتاق كان خاليًا عن النية، فلا يجوز؟

(**وإن اشترىٰ أباه ناويًا عن كفارة يمينه، أجزأه**)، وقال زفر والشافعي: لا يجزئه.

لهما: أن العلة هي القرابة، والشراء شرط، **ولنا**: أن شراء القريب إعتاق، قال عليه الصلاة والسلام: «**لن يجزيَ ولد والده، إلَّا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه**»(١)، ذكر الإعتاق بحرف الفاء، عقيب الشراء، والفعل إذا ذكر عقيبه فعل بحرف الفاء، كان الثاني عين الأول لا غيره، يقال: رماه فقتله، ضربه فأوجعه، وإذا كان الشراء إعتاقًا، فإذا نوىٰ به الكفارة، اتصلت النية بالإعتاق، وتمام ذلك في «المختلف».

قال لجارية قد استولدها بالنكاح: إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يميني

(**ولو قال لجارية قد استولدها بالنكاح: إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يميني، فاشتراها، عتقت، ولا تسقط عنه الكفارة**)؛ لأن قوله: أنت حرّة، علّة العتق، والاستيلاد أيضًا علّة، حتى تثبت به الحريّة من وجه في الحال، والباقي عند الموت، فيعتق بعضها بالاستيلاد، وبعضها بالشراء، فلا تسقط عنه الكفارة.

[١٢١/ب]

بخلاف ما لو قال لأمة ليست بأم ولد له: حيث تسقط عنه الكفارة؛ لأن ثمة علة العتق قوله: أنت حرة، ليس معها علّة أخرىٰ، فتسقط عنه الكفارة.

قال: إن تسريت بجارية فهي حرّة، فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف

(**رجل قال: إن تسريت بجارية فهي حرّة، فتسرىٰ جارية كانت في ملكه يوم حلف، عتقت**)؛ لأن اليمين في حقها انعقدت في الملك، فتنزل عند وجود الشرط.

(**وإن تسرّىٰ جارية اشتراها بعد اليمين، لم تعتق**) عندنا، خلافًا لزفر، له: أن التسري تصرُّفٌ يختص بالملك؛ لأنه لا يحل إلَّا في الملك، فكان ذكرُ التسري ذكرًا للملك، ألا ترىٰ أن ملك الطلاق لما اختص بالنكاح، كان ذكر الطلاق ذكراً للنكاح، فإن من قال لأجنبية: إن طلقتك عبدي حر، فتزوجها، ثم طلقها عتق عبده، ويتعلق العتق بالطلاق بعد التزوج، كذلك هاهنا، فكانت اليمين مضافة إلى سبب الملك.

---

(١) «أخرجه الجماعة إلَّا البخاري»، كما قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٠٤.

وإنّا نقول: لم يضف العتق إلى الملك، ولا إلى سبب الملك؛ لأن التسري لا يختص بملك اليمين؛ لأنه عبارة عن التحصين والجماع، طلب الولد أو لم يطلب في قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف: لا بد من طلب الولد مع ذلك، حتى لو وطأها وعزل عنها، لا يكون تسريًّا عنده، وكل ذلك كما يكون بملك اليمين، يكون بملك النكاح، فكان من ضرورته ملك [المتعة](١) لا ملك الرقبة، فلا يصير ذاكرًا ملك اليمين، كما لو قال لجارية الغير: إذا جامعتك فأنت حرة، فاشتراها، فجامعها، لا تعتق؛ لِمَا قلنا: كذلك هاهنا، بخلاف الطلاق؛ لأنه لا يملك التطليق إلَّا بملك النكاح، فيصير ذاكرًا ملك النكاح. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في أ (المنفعة)، والمثبت من ب، د.

بَابُ
اليَمِيْنِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ

قال لغيره: إنْ بعت لك هذا الثوب، فعبدي حر

(رجل قال لغيره: إنْ بعت لك هذا الثوب، فعبدي حر، فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف، فباعه الحالف ولم يعلم به، لا يحنث).

لو قال: إن بعت ثوبًا لك، فعبدي حر

(ولو قال: إن بعت ثوبًا لك والمسألة [بحالها]، حنث).

والفرق: أن اللّامَ للاختصاص، وأقوىٰ الاختصاص بالملك، فإن دخل اللام على العين، يقتضي اختصاص العين بالمحلوف عليه، وإن دخل على الفعل، فإن كان فعلاً يجري فيه الوكالة ويملك بالمعقود: كالبيع، والخياطة، والبناء، ونحو ذلك، يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه، وإن كان فعلاً لا يحتمل النيابة: كالأكل، والشرب، والضرب، يقتضي اختصاص العين الذي هو محل ذلك الفعل بالمحلوف عليه.

ففي المسألة الأولىٰ: أدخل اللام على الفعل، وهو البيع، فيقتضي اختصاص البيع بالمحلوف عليه: بأن باع له، فالبيع له لا يكون إلَّا بأمره، فإذا باع بغير أمره، لا يحنث، وإن باع بأمره حنث، سواء كان المبيع ملكًا للمحلوف عليه أو لغيره.

أما في المسألة الثانية: أدخل اللام على العين: وهو الثوب، فيقتضي اختصاص الثوب به، ويكون [شرط الحنث]: بيع ثوب مملوك للمحلوف عليه، وقد وجد، فيحنث، سواء باع بأمره أو بغير أمره، فإن نوىٰ بالثاني الأول، أو نوىٰ بالأول الثاني، صحّت نيته، فيحنث؛ لأنه نوىٰ ما يحتمل لفظه بالتقديم والتأخير.

لو قال: إن ضربت لك عبدًا

ولو قال: إن ضربت لك عبدًا، أو إن ضربت عبداً لك، فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه، لمكان العرف؛ ولأن الضرب مما لا يملك بالعقد، ولا يلزم، ومحل الضرب يملك، فانصرفت اللام[1] إلى ما يملك، ويؤخر المقدم (صيانة لكلامه عن اللغو)[2].

رجل قال: هذا العبد حر إن بعته، فباعه على أنه بالخيار

(**رجل قال: هذا العبد حر إن بعته، فباعه على أنه بالخيار، عتق، وكذا لو قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار، عتق**)؛ لأن شرط العتق البيع، والبيع بشرط الخيار بيع، إلَّا أن الخيار يمنع زوال المبيع عن ملكه، فإذا وجد الشرط، ينجز الإيجاب في ملكه، فيعتق، وينفسخ البيع، كما لو قال له بعد هذا البيع: أنت حر.

وكذا الشراء بشرط الخيار شراء، فإذا اشتراه بشرط الخيار، ينجز الإيجاب، فيسقط الخيار، وينفذ العتق، كما لو قال بعد الشراء: أنت حر.

فَرَّق أبو حنيفة بين هذه المسألة وبين ما إذا اشترىٰ قريبه بشرط الخيار، حيث قال: لا يعتق ما لم يسقط الخيار، والفرق: أن ثَمَّة لم توجد كلمة الإعتاق بعد الشراء، حتى يسقط خياره، وإنما يعتق القريب على القريب

(١) في ب (الأمر).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

بحكم الملك، وخيار المشتري عند أبي حنيفة يمنع ثبوت الملك للمشتري، فلا يعتق قبل سقوط الخيار، أما هاهنا: الإيجاب المعلق صار مرسلاً عند الشرط، وصار قائلاً: [أنت] حر.

لو قال: إن بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعًا باتًّا

ولو قال: إن بعت هذا العبد فهو حر، فباعه بيعًا باتًّا، لا يعتق؛ لأنه كما تم البيع، زال الملك، والجزاء لا ينزل في غير الملك، ولو باعه بيعًا فاسدًا، فإن كان العبد في يد المشتري مضمونًا عليه، لا يعتق؛ لأنه كما تم البيع يزول [١٢٢/أ] العبد عن ملكه، وإن كان العبد في يد البائع، يعتق؛ لأنه لا يزول ملكه قبل التسليم.

لو قال: إن اشتريته فهو حر فاشتراه شراءً فاسدًا

ولو قال: إن اشتريته فهو حر، فاشتراه شراءً فاسدًا، فإن كان العبد في يد البائع، لا يعتق؛ لأنه ملك البائع بعد البيع، فيصير معتقًا ملك الغير، وإن كان العبد في يد المشتري على الوجه الذي ذكرنا، يعتق؛ لأنه صار معتقًا ملك نفسه.

لو قال: إن لم أبع هذا العبد فامرأتي طالق، فأعتق

(**ولو قال: إن لم أبع هذا العبد، أو هذه الجارية، فامرأتي طالق، فأعتق أو دبّر، طلقت امرأته**)؛ لأنه علق الطلاق بعدم البيع، فإذا وقع اليأس عن البيع بخروجه من أن يكون محلاً للبيع، يتحقق الشرط، فتطلق، كما لو مات الحالف أو العبد.

من المشايخ من قال: إذا عقد اليمين على بيع الجارية، ثم أعتقها، أو دبّرها، لا يحنث؛ لاحتمال أنها تسبىٰ بعد الردّة وتباع، والصحيح: جواب الكتاب؛ لأنه عقد اليمين على البيع في هذا الملك، وبالإعتاق والتدبير وقع اليأس عن البيع في هذا الملك.

بَابُ
اليَمِيْنِ فِي الحَجِّ

رجل قال وهو في الكعبة: عليَّ المشي إلى بيت الله تعالى

(**رجل قال وهو في الكعبة**[١] : **عليَّ المشي إلى بيت الله تعالىٰ، أو إلى الكعبة، فعليه حجة أو عمرة ماشيًا، وإن شاء ركب وأهراق دمًا**)؛ لأن الناس تعارفوا التزام الحج أو العمرة بهذه الألفاظ، فيلزمه ذلك، سواء قال ذلك وهو في الكعبة، أو في مكان آخر، كما لو صرّح بالتزام الحج أو العمرة؛ ولأنه التزم المشي إلى بيت الله، ولا يمكنه ذلك إلَّا بدخول الحرم؛ لأن البيت في الحرم، ودخول الحرم بدون الإحرام لا يجوز، فكان التزام المشي إلى البيت، التزامًا للإحرام، ويلزمه ماشيًا؛ لأنه التزم زيادة القربة، قال عليه الصلاة والسلام: «**من حجّ ماشيًا، فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم**»، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: «**واحدة بسبعمائة**»[٢].

وكذلك لو قال: علي المشي إلى مكة، أو عليّ زيارة بيت الله ماشيًا، فإذا أراد الحج، يُحْرِم من الحرم، ويخرج إلى عرفات ماشيًا، وإن أراد العمرة، يخرج من الحرم إلى التنعيم، أو إلى موضع آخر من الحِلِّ؛ لأن المكي يحرم للحج من الحرم، وللعمرة من الحل، على ما عرف.

---

(١) في نسخة الجامع الصغير (الباز): (وهو في مكَّة)، ص٣٦٦.

(٢) الحديث أخرجه البزار في مسنده ١١/٥٢؛ والأزرقي في أخبار مكَّة ٢/٧؛ والفاكهي ١/٣٩٣؛ والحاكم في المستدرك وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرِّجاه» ١/٦٣١، كلهم عن ابن عباس رضي الله عنهما.

ولم يذكر في الكتاب أنه يخرج إلى التنعيم ماشيًا، أو راكبًا، قال بعضهم: له أن يركب، فإذا أحرم يمشي في رجوعه، وقال بعضهم: يخرج ماشيًا ويرجع ماشيًا، وإذا ركب في العمرة أو في الحج، يلزمه الدم؛ لما عرف في المناسك.

لو قال: عَلَيَّ الذهاب إلى بيت الله

ولو قال: عَلَيَّ الذهاب إلى بيت الله، أو الخروج إلى الكعبة، أو إلى بيت الله، لا يلزمه شيء؛ لأن القياس في الكل: أن لا يلزمه ما لم ينص عليه؛ لأن الذهاب والخروج والمشي ليس بقربة، فلا يصح التزامه، كما لو قال: عَلَيَّ المشي إلى بيت المقدس أو إلى المدينة، وإنما تركنا القياس في المشي إلى الكعبة؛ لمكان العرف، ولا عرف في غيره.

(ولو قال: عَلَيَّ المشي إلى الحرم، أو إلى الصفا والمروة، لا يلزمه شيء في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا وقوله: عَلَيَّ المشي إلى بيت الله سواء).

لو قال: عَلَيَّ المشي إلى المسجد الحرام

ولو قال: عَلَيَّ المشي إلى المسجد الحرام، ذكر في «الأصل»: أنه على هذا الخلاف.

لهما: أن البيت في الحرم، وكذلك المسجد الحرام، فصار مذكورًا بذكر الحرم، ولو ذكر البيت وحده، تلزمه حجة أو عمرة، فإذا ذكر الحرم وفيه البيت وزيادة، كان أولىٰ، ولأبي حنيفة: أن القياس [يأبىٰ][1] وجوب الحج بهذه الألفاظ؛ لما ذكرنا، وإنما تركنا القياس بالعرف، والعرف فيما إذا كان البيت مذكورًا قصدًا، ولا عرف فيما إذا كان مذكورًا تبعًا، فيرد إلى أصل القياس.

---

(١) في أ (في)، والمثبت من ب، د.



قال: عبدي حر إن لم أحج العام فشهد شاهدان أنه ضحّى بالكوفة

(رجل قال: عبدي حر إن لم أحج العام، فشهد شاهدان أنه ضحّىٰ العام بالكوفة، وهو يقول: حججت العام، لم يعتق عبده، وقال محمد: يعتق)، له: أن هذه شهادة قامت على الإثبات لفظًا ومعنًىٰ، أما لفظًا؛ فلأنهما شهدا على التضحية، وأما معنًى؛ فلأن المقصود [إثبات العتق، فتقبل، وإذا ثبتت التضحية بالكوفة، انتفىٰ الحج ضرورة.

ولهما: أن هذه شهادة قامت على نفي الحج، فلا تقبل، كما لو شهدا أنَّه لم يحج](١).

وإنما قلنا ذلك؛ لأنهما شهدا بالتضحية لنفي الحج، لا لإثبات التضحية؛ لأنه لا حق للمدعي في التضحية؛ لأن العتق لم يتعلق بالتضحية، وإذا بطلت الشهادة على التضحية، بقيت شهادة على نفي الحج، فلا تقبل.

فإن قيل: الشهادة على النفي إنما لا تقبل إذا لم يكن الشاهد عالمًا بالنفي، وأما لو قامت للشهادة على نفي شيء، وهو عالم به، جازت.

دل عليه ما ذكر في «السِّيَر»: رجلان شهدا على رجل: إنا سمعناه يقول: المسيح ابن الله، ولم يقل قول النصارىٰ، فبانت منه امراته، والرجل يقول: وصلت بقولي قول النصارىٰ، جازت هذه الشهادة، وإن قامت على النفي؛ لأنها قامت على نفي [شيء] علم الشاهد به.

والجواب عنه أن تقول: إن الشهادة على النفي لا تقبل؛ لما ذكرنا، فبعد ذلك لا يميز بين نفي ونفي؛ دفعًا للحرج عن الناس، وأما مسألة «السِّيَر»: فذلك شهادة على السكوت عقيب قوله: المسيح ابن الله، والله تعالىٰ منزَّه. [١٢٢/ب]

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من ب، د.

بَابُ
اليَمِيْن فِي اللُّبْسِ

قال: إن لبست ثوبًا من غزل امرأتي فلانة فهو هدي

(رجل قال: إن لبست ثوبًا من غزل امرأتي فلانة، فهو هدي، فاشترىٰ قطنًا، فغزلته، فلبسه، فهو هدي.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بهدي حتى تغزل من قطن كان في ملكه يوم حلف).

لهما: أن النذر لا يَصِحُّ إلَّا في الملك، أو مضافًا إلى سبب الملك، والغزل واللبس ليسا من أسباب الملك، فلم يصح نذره إلاّ في غزل قطنٍ كان في ملكه وقت النذر.

ولأبي حنيفة: أن المرأة تغزل من قطن الزوج عادة، فانصرف كلامه إليه، وصار كأنه قال: كل ثوب ألبسه من غزلها من قطن أملكه، ولو صرّح بذلك يلزمه الهدي بكل ثوب يلبسه من غزلها، سواء غزلت من قطن كان في ملكه وقت اليمين، أو ملكه بعد ذلك، كذلك هاهنا.

وإذا لزمه الهدي، كان عليه أن يتصدق به بمكة؛ لأن الهدي: اسم لما يهدى إليها.

حلف: لا يلبس حليًا فلبس خاتم فضة

(رجل حلف : **لا يلبس حليًّا، فلبس خاتم فضّة، لم يحنث**)؛ لأن خاتم الفضة لا يسمىٰ حليًّا، ألا ترىٰ أنه يباح للرجال مع نهيهم عن التحلي، وإن كان من ذهب، حنث؛ لأنه حلي، ولهذا لا يباح للرجال.

قالوا: هذا إذا كان خاتم الفضة مصوغًا على هيئة خاتم الرجال، بأن لم يكن له فص، فإن كان فيه فصٌّ، حنث.

لو حلفت المرأة: أن لا تلبس حليًا، فلبست عقداً لؤلؤاً بلا ذهب

(**ولو حلفت المرأة : أن لا تلبس حليًّا، فلبست عقدًا لؤلؤاً بلا ذهب، لا تحنث، وقال أبو يوسف ومحمد : تحنث**)، وعلى هذا الخلاف إذا لبست عقدًا من الزُّمُرُّدِ، أو الزَّبَرْجَدِ غير مُرَصَّع.

لهما: أن اللؤلؤ بدون الذهب والفضة، حليٌّ، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا**﴾ [النحل: ١٤]، وإنما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص، ولهذا يستعمل للتَّحلِّي والتَّزيُّن بدون الذهب والفضة.

ولأبي حنيفة: أن العادة ما جرت بالتحلي باللؤلؤ إلَّا مرصّعًا بذهب أو فضة، ومبنىٰ الأيمان على العرف والعادة.

قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

وقيل أيضًا: على قياس قوله: لا بأس بلبس اللؤلؤ الخالص للرجل والغلام.

وقيل أيضًا: على قياس قوله في اللؤلؤ والذهب والفضة: إذا لم يكن مصوغًا، لا يكون حليًّا، كما أن اللؤلؤ إذا لم يكن مرصّعًا لا يكون حليًا، حتى أن المرأة إذا جعلت في عنقها ذهب غير مصوغ، لا تحنث.

بَابُ
اليَمِيْنِ فِي الضَّرْبِ وَالقَتْلِ

قال لآخر: إن ضربتك فعبدي حر فضربه بعد الموت

(**رجل قال لآخر: إن ضربتك فعبدي حر، فضربه بعد الموت، لا يحنث**)[1]؛ لأن الضرب: اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن، والإيلام مما لا يتحقق بعد الموت.

لو قال: إن كسوتك فعبدي حر

(**وكذا لو قال: إن كسوتك فعبدي حر، فهو على الحياة**)؛ لأن الكسوة: عبارة عن التمليك، قال الله تعالىٰ في كفارة اليمين: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، والمراد به: الدفع على وجه التمليك، ويقال: كسا الأمير فلانًا، إذا ملكه ثوبًا، والتمليك من الميت لا يتحقق، وإنما يتصور إلباس الكَفَن، والإلباس لا ينبئ عن التمليك، حتى لو حلف: لا يلبسه ثوبًا، لا يتقيد بالحياة.

فإن نوىٰ بالإكساء: التغطية، والستر، صحّت نيّته؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله لفظه، وفيه تغليظ عليه، فيصدق.

لو قال: إن كلمتك

(**ولو قال: إن كلمتك، فهو على الحياة**)؛ لأن كلام واحد منها لا يكون بدون الاسماع والافهام، [والافهام والاسماع] منّا لا يتحقق بعد الموت، قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَآ أَنتَ بِمُسْمِعٍ مَّن فِى ٱلْقُبُورِ﴾ [فاطر: ٢٢].

---

(١) في الجامع الصغير (مع شرح الصدر): (لم يحنث، وهو على الحياة)، ص٣٦٧.

لو قال: إن دخلت عليك

وكذلك لو قال: إن دخلت عليك، يتقيد بالحياة؛ لأن الدخول إنما يكون للزيارة والكرامة، وبعد الموت يزار قبره، لا عينه حقيقة، قال عليه الصلاة والسلام: «**كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها، ولا تقولوا هجرًا**»(١)، أي: فحشًا.

لو قال: إن غسلتك

ولو قال: إن غسلتك، فهو على الحياة والموت جميعًا؛ لأن الغسل صورته: صب الماء عليه، ومعناه: إزالة الدَّرَنِ والتنظيف، وذلك يتصور بعد الموت.

حلف: لا يضرب امرأته فمَدَّ شعرها أو عَضَّها

(**رجل حلف: لا يضرب امرأته، فمَدَّ شعرها أو خَنَقَهَا أو عَضَّها، حنث في يمينه**)؛ لأن الضرب: اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن، وقد تحقق هذا إذا فعل ذلك في الغضب على وجه الانتقام، فإن فعل ذلك حالة الملاعبة، لا يحنث، وكذا إذا أصاب رأسه بفمها في الملاعبة، فأدماها، لا يحنث؛ لأنه لا يعد ضربًا في الملاعبة.

قالوا: هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية، فَعَضَّهَا أو خَنَقَهَا أو مَدَّ شَعْرَهَا، لا يحنث على كل وجه.

جئنا إلى مسائل من كتاب الأيمان لم تدخل في الأبواب:

قال لآخر: إن لم أقض دراهمك فعبدي حر

(**رجل قال لآخر: إن لم أقض دراهمك، فعبدي حر، فباعه بها عبدًا، وقبض العبد، برّ في يمينه**)؛ لأن قضاء الدين: أن يكون المقبوض مضمونًا على القابض، وللقابض عليه مثله، فتقع المُقَاصَّة، وإذا وقعت المُقَاصَّة، كان آخر الدَّيْنَيْنِ قضاءً عن الأول، وقد وجد؛ وهذا لأن ثمن العبد آخر الدينين، فيكون قضاءً عن الأول. [١٢٣/أ]

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧)؛ وبلفظه أخرجه أحمد في المسند ٥/٣٦١؛ ونحوه أبو داود (٣٢٣٥) وأصحاب السنن، وكلهم من حديث أبي بريدة.

وإنما يشترط قبض العبد؛ لأن قبل القبض، ثمن العبد لا يكون متقررًا في ذمته.

(وكذا إذا قضاه زيوفًا، برّ في يمينه)، ردّها أو لم يردها؛ لأن الزيوف من جنس حقه، ولهذا لو تَجَوَّزَ بها في الصرف والسلم، يجوز، ولا يجوز الاستبدال[1]، فإنْ تَجَوَّزَ بها مضي الأمر، وإن ردَّ ينتقض القبض، ولا يتبيَّن أن القضاء لم يكن، وكذلك إذا استحق المقبوض، فهي بمنزلة الزيوف والنبهرجة؛ لأن المستحق من جنس حقه، فإن أجاز المستحق، مضىٰ الأمر، وإن استردها المستحق، لا يتبين أنه لم يكن قابضًا جنس الحق، واقتضاء الدين: عبارة عن قبض جنس الحق.

ولا يقال: لمّا رد المقبوض، انتقض القبض من الأصل، فصار كأن لم يكن؛ لأنا نقول: بلى، انتقض القبض بعد الصحة، فيظهر أثره في حق حكم يقبل الانتقاض، والبَرُّ لا يحتمل الانتقاض.

إن وهب صاحب الدين من المديون دينه

(وإن وهب صاحب الدين من المديون دينه، لم يكن ذلك قضاءً، ولا يبرأ)؛ لأن هبة الدين إسقاط، فلم يكن قضاء؛ ولأن قضاء الدين فعل المديون، وهبة الدين فعل صاحب الدين، فلم يكن قضاء، **(وكذا إذا قضىٰ ستوقة، أو رصاصًا، لم يكن بارًا في يمينه)**؛ لأن الستوقة والرصاص من جنس الدراهم؛ ولهذا لو تجوز بهما في الصرف والسلم، لا يجوز، وإذا لم يصر جنس حقه مضمونًا عليه، لا تقع المقاصة، هذا إذا حلف المديون.

إن حلف صاحب الدين: إن لم أقبض ما ليَ عليك فقبض عِوَضًا

فإن حلف صاحب الدين فقال: إن لم أقبض ما ليَ عليك، أو إن لم أستوف ما لي عليك، فقبض عِوَضًا بالدين، برّ في يمينه؛ لِمَا قلنا، وكذا لو وكّل وكيلاً بالقبض، فقبض وكيله؛ لأن فعل الوكيل فعل المُوَكِّلِ.

---

(١) في د (ولا يكون استبدالاً).

ولو قال: إن لم أتّزن ما لي عليك، فقبض شيئًا من خلاف جنس حقه، مما يوزن أو مما لا يوزن، لم يكن بَارًّا؛ لأنه إذا قيّده بالوزن، سقط اعتبار عموم اللفظ، فينصرف إلى أخص الخصوص، وهو قبض غير الحق.

وكذا لو قال: إن لم أقبض ما لي عليك في كيس، فقضاه مكان الدراهم دنانير، أو عرضًا، كان حانثًا؛ لما ذكرنا: أنه لما بطل عموم اللفظ، ينصرف إلى قبض غير الحق.

وكذا لو قضاه الدراهم من غير وزن، حنث؛ لأنه شرط الوزن، فلا يصير بارًا بدونه، فإن عني بالوزن: الاستيفاء، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله اللفظ؛ لأن الوزن طريق الاستيفاء، فجاز أن يجعل [مَجَازًا][1] عنه، ولا يصدق قضاءً؛ لأنه نوىٰ المجاز، وفيه تخفيف على نفسه، فلا يصدق.

حلف: أن لا يطلق امرأته، فأمر غيره بذلك، ففعل

(**رجل حلف: أن لا يطلق امرأته، ولا يعتق عبده، أو لا يتزوج، فأمر غيره بذلك، ففعل، كان حانثًا**)، وكذا لو جعل أمرها بيدها، فطلقت نفسها، حنث.

وكذلك الصلح عن دم العمد، والإيداع والاستيداع، والإعارة والاستعارة، والقرض والاستقراض، والهبة، والصدقة، وضرب العبد، وذبح الشاة، وخياطة الثوب، والبناء، كما يحنث فيها بفعل نفسه، يحنث بفعل المأمور.

وفي المعاوضات: كالبيع والشراء، والإجارة والاستئجار، والصلح عن المال، لا يحنث بفعل المأمور.

---

(١) في أ (محلها)، والمثبت من ب، د.

وكذلك القسمة، من المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم.

أما في الفصل الأول؛ فلأن شرط الحنث في العقود الشرعية: كالطلاق، والعتاق، والهبة، والصدقة، والإيداع، والإعارة، والإقراض، ونحو ذلك، العقد هو الموجب للحكم، لا صورة العقد، ألا ترىٰ: أنه لو جُنَّ بعد اليمين، فطلق أو أعتق، لا يحنث في يمينه، وعقد الوكيل من حيث إنَّه يثبت الحكم مضافًا إلى الآمر، والوكيل فيه بمنزلة السفير والرسول، حتى لا ترجع الحقوق إليه، ولا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، فكان الموكل متكلمًا بلسان الوكيل، فيحنث.

وفي الأفعال الحسيَّة: كالضرب، والذبح، والبناء، والخياطة، فعل المباشر ينتقل إلى الآمر في حق الحكم، حتى لا يجب الضمان عليه، فيحنث فيه الحالف.

كل ما لا يجوز أن يثبت الحكم للمباشر في نفسه ينتقل إلى الآمر

ومن المشايخ من ذكر لهذا أصلاً، فقال: كل ما لا يجوز أن يثبت الحكم للمباشر في نفسه، ينتقل إلى الآمر: كالطلاق، والنكاح وغيره، يحنث فيه بفعل المأمور.

كل ما يجوز أن يثبت الحكم للعاقد ثم ينتقل من جهته إلى الآمر

وكل ما يجوز أن يثبت الحكم للعاقد ثم ينتقل من جهته إلى الآمر: كالبيع، والشراء، والاستئجار، والصلح عن المال، والقسمة، لا يحنث الحالف فيها بفعل المأمور؛ لأن العاقد أصل في هذه العقود، كأنه اشتراه لنفسه، ثم ينتقل [فيه بجهة] أخرىٰ إلى الآمر؛ ولهذا ترجع إليه الحقوق، ويستغني عن إضافة العقود إلى الموكل، وإذا اقتصر العقد على الوكيل، لا يحنث الآمر، إلَّا إذا كان الحالف شريفًا لا يباشر العقود بنفسه، بل يُفَوِّضُ إلى غيره، فيحنث بفعل [١٢٣/ب] الوكيل؛ لأن يمين مثله تنصرف إلى ذلك، فإن كان يباشر بنفسه تارة، ويفوض إلى غيره أخرىٰ، يعتبر فيه الغالب.

ولو حلف: لا يطلق أو لا يعتق، وقال: عنيت أن لا أتلفظ به

(ولو حلف : لا يطلق أو لا يعتق، وقال : عنيت أن لا أَتَلَفَّظ به، صُدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يُصدق في القضاء).

وفي الضرب والذبح وغيرهما من الأفعال الحسيّة، إذا قال: عنيت أن لا أباشر بنفسي، دُيِّنَ في القضاء وفيما بينه وبين الله في قول أبي يوسف ومحمد، والفرق: وهو أن وجود التصرفات الشرعية، كالطلاق والعتاق ونحوهما بكلام يوجد من المرء، فيثبت به الطلاق والحرية، والأمر بذلك مثل التكلم به، فإذا نوىٰ التكلم بنفسه، فقد نوىٰ الخصوص، فلا يصدق في القضاء، أما الذبح والضرب ونحو ذلك، فعل حسي يعرف بأثره، وإنما جعل الآمر ضاربًا بحكم [التَّسَبُّب]، فإذا نوىٰ الحقيقة، صدق ديانة وقضاء.

ذكر قولهما في هذه المسألة، ولم يذكر قول أبي حنيفة؛ لأنه لم يحفظ فيها قوله.

لو حلف: لا يضرب ولده فأمر غيره فضربه

(ولو حلف : لا يضرب ولده، فأمر غيره فضربه، لم يحنث، بخلاف العبد)؛ لأن في العبد منفعة الضرب تعود إلى المولىٰ؛ لأنه إنما يضرب لينقاد له العبد، فيأتمر لأوامره، وإذا كانت المنفعة تعود إليه، كان ضرب غيره كضربه، أما في ضرب الولد، منفعة الضرب تعود إلى الولد؛ لأن الولد إنما يُضَرب ليتأدب، ويتعلم، وينزجر عن القبائح، وإن كان فيه منفعة الوالد أيضًا، فذاك ليس بمقصود، وفعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بحكم عود المنفعة، فإذا لم تعد إليه المنفعة، لا تنتقل؛ ولأن الأشراف لا يضربون العبد بأنفسهم، لحشمتهم، ويضربون الأولاد بأنفسهم، صيانة لهم عن الهوان.

ولو حلف: ليضربن فلانًا، فأمر غيره فضربه، لا يكون بَارًّا حتى يضربه بنفسه.

فَرَّق بين هذا وبين ما إذا عقد اليمين على ضرب عبده، فأمر غيره فضربه، كان بارًا، والفرق: أن الأمر بضرب الحُرِّ لا يَصِحُّ؛ لأنه لا يملك ذلك بنفسه، فلا يملك التفويض إلى غيره؛ ولهذا لا يحل للمأمور أن يضربه، وإذا لم يصح الأمر، لم ينتقل فعل المأمور إليه، أما الأمر بضرب العبد صحيح؛ ولهذا يحل للمأمور أن يضربه، فإذا صحّ الأمر، ينتقل فعل المأمور إليه، فإن كان الحالف سلطانًا، أو قاضيًا، فأمر غيره فضربه، برّ في يمينه؛ لأن القاضي والسلطان يملك ضرب الأحرار حدًا وتعزيرًا، فيملك التفويض إلى غيره، فصار الحر في حق السلطان والقاضي بمنزلة العبد.

لو حلف القاضي: أن لا يضرب فلانًا فأمر غيره فضربه

ولو حلف القاضي: أن لا يضرب فلانًا، فأمر غيره فضربه، وقال: عنيت أن لا أباشر بنفسي، دُيِّنَ في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ حقيقة كلامه.

حلف: أن يهب عبده لفلان فوهبه، فلم يقبل

(**رجل حلف: أن يهب عبده لفلان، فوهبه، فلم يقبل، برّ في يمينه**) عندنا، وقال زفر: لا يبر؛ لأن الهبة عقد تمليك، فلا يتم بدون القبول، كالبيع.

ولنا: أن الهبة تمليك من قِبَلِ الواهب؛ لأنها تمليك بغير عوض، وقد تَمَّ ما كان من جهة الواهب، وإنما شرطنا القبول؛ كيلا يلحقه المنّة بدون التزامه، بخلاف البيع؛ لأنه تمليك بإزاء تمليك، فلا يتم بأحدهما، وكان كلام كل واحد منهما شطر العقد، والصدقة والإعارة والإقراض على الخلاف الذي ذكرنا في الهبة.

لو حلف: لا يشتري فاشترى من فضولي وهو عالم به

ولو حلف: لا يشتري، فاشترىٰ من فضولي، وهو عالم به، حنث في يمينه، وكذا لو اشترىٰ شراءً فاسدًا؛ لأن عقد الفضولي منعقد فيما بين المتعاقدين؛ لأنه تصرف صدر من الأهل مضافًا إلى المحل، وإنما لا ينفذ دفعًا للضرر عن المالك، ولا ضرر في الانعقاد، وكذلك البيع الفاسد بسبب، إلَّا أنه تراخي الملك إلى وقت القبض.

رجل حلف: لا يتزوج، فتزوج امرأة نكاحًا فاسدًا

رجل حلف: لا يتزوج، فتزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، أو تزوج بغير أمرها، زوجها فضولي منه، لا يحنث قبل الإجازة؛ لأن النكاح عقد شرع مع المنافي؛ لأنه عقد استرقاق، والحرية ينافي ذلك، وإنما سقط اعتبار المنافي عند الإجازة، فقبل الإجازة لا يكون سببًا، بخلاف البيع؛ لأن المال محل التصرف بأصل الخلقة، فكان تصرف الفضولي مضافًا إلى محله، فيكون سببًا قبل الإجازة.

لو حلف: لا يصلي فصلى بغير طهارة

ولو حلف: لا يصلي، فصلىٰ بغير طهارة، لا يحنث؛ لأن الصلاة: اسم لعبادة مخصوصة، لا وجود لها إلَّا بالطهارة، بل الصلاة بدون الطهارة معصية.

(وكذا لو حلف: لا يصوم، فصام بدون النية، لا يحنث)؛ لأن الصوم المعهود: اسم لإمساك هو عبادة، فلا يوجد بدون النِّـيَّة، **(وإن نوىٰ الصوم، فأمسك ساعة من النهار، ثم أفطر، حنث في يمينه)**؛ لأنه أمسك مع النية، والإمساك في بعض النهار قد يكون عبادة، فيكون حانثًا. [١٢٤/أ]

لو حلف: لا يصوم صومًا، فأفطر قبل غروب الشمس

(ولو حلف: لا يصوم صومًا، أو حلف: لا يصوم يومًا، فأفطر قبل غروب الشمس، لا يحنث في يمينه)، أما إذا ذكر اليوم فظاهر، وكذا إذا ذكر صومًا؛ لأنه ذكر المصدر، وإنما يذكر للمبالغة، فينصرف إلى الكامل، وما دون اليوم ليس بكامل.

حلف: لا يصلي، فقام وقرأ وركع ولم يسجد

(ولو حلف: لا يصلي، فقام وقرأ وركع، ولم يسجد، لا يحنث)، والقياس: أن يحنث؛ لأن بالتكبير يصير شارعًا في الصلاة؛ ولهذا كان الصلاة بالإيماء صلاة، وكذلك الصلاة على الجنازة صلاة، وإن لم يكن فيها ركوع وسجود.

وجه الاستحسان: أن الصلاة المطلقة: عبارة عن أركان معدودة، ولا توجد بدونها، [أو بما] تقوم مقامها، وبدون السجود لا تتم الأركان، فلا يحنث.

وإن صلّىٰ ركعة واحدة حنث في يمينه؛ لأن جميع الأركان توجد في الركعة الواحدة، وما بعدها تكرار؛ ولهذا يقال: فلان صلّىٰ ركعة.

لو حلف: لا يصلي صلاة

ولو حلف: لا يصلي صلاة، لا يحنث ما لم يصل ركعتين؛ لأنه ذكر المصدر، فينصرف إلى الكامل، وأدنىٰ الصلاة الكاملة ركعتان، قال عليه الصلاة والسلام: «**ما أجزأت ركعة قط**»[1].

قال: إن كان لي إلَّا مئة درهم فامرأته طالق وهو لا يملك إلَّا خمسين

(رجل قال: إن كان لي إلَّا مئة درهم، فامرأته طالق، وهو لا يملك إلَّا خمسين درهمًا، لا يحنث)؛ لأن هذا الكلام إنما يذكر لنفي ما زاد على المئة، فلا يحنث في المئة وما دونها، وكذا لو قال: إن كان لي غير مئة الدرهم، أو سوىٰ مئة درهم؛ لأنها من حروف الاستثناء.

---

(١) «رواه الطبراني في الكبير، وحصين لم يدرك ابن مسعود، وإسناده حسن»، كما في المجمع ٢/٢٤٢؛ والنووي في الخلاصة: «موقوف ضعيف»، ١/٥٥٧؛ نصب الراية ٢/١٢٠.

لو حلف: لا يشم ريحانًا، فشَمَّ الورد

(**ولو حلف: لا يشم ريحانًا، فشَمَّ الورد، أو ياسمينًا، لا يحنث**)؛ لأن الريحان: اسم لنبت أخضر، له رائحة طيبة، وليس له ساق، كالساهسيرم، والعنبر، والآس، وأما الورد والياسمين، لهما ساق كالشجر، وقيل: كل ما يخرج من الشجر، فهو ورد، وما ينبت بساقه، فهو ريحان؛ لأن الريحان ما لعينه رائحة طيبة، وشجر الورد والياسمين، ليس لعينه رائحة طيبة، وإنما الرائحة لما تخرج منها، وقد يكون للتفاح رائحة، ولا يكون ريحانًا، ولا يسمىٰ به.

لو حلف: لا يشتري بنفسجًا، ولا نيّة له

(**ولو حلف: لا يشتري بنفسجًا، ولا نيّة له، فهو على الدهن، لا على ورده، وإن حلف: لا يشتري وردًا، فهو على الورق دون دهنه**)، والقياس فيهما: أن يكون على الورق، وبه أخذا لشافعي[1]؛ لأن دهن البنفسج غير البنفسج، وفي الاستحسان: فرق بينهما؛ لمكان العرف، فإنهم يذكرون البنفسج، ويريدون به الدهن، لا عين البنفسج، وكذلك يسمىٰ بائع دهن البنفسج، بائع البنفسج، وإذا ذكروا الورد يراد [به]: الورق.

قال مشايخنا: هذا في عرفهم، أما في عرفنا: دهن البنفسج لا يسمىٰ بنفسجًا، فلا يحنث بشراء الدهن إذا عقد يمينه على البنفسج.

امرأة قالت لزوجها: إنك تزوّجت عليّ فقال: كل امرأة لي طالق

(**امرأة قالت لزوجها: إنك تزوّجت عليّ، فقال: كل امرأة لي طالق**[2]، **طلقت هذه التي حلّفته في القضاء**)، وعن أبي يوسف: أنها لا تطلق، وبه أخذ مشايخنا؛ لأن غرض الحالف تطييب قلبها، فينصرف الطلاق إلى غيرها.

---

(١) انظر: المهذب ٥٠٨/٤؛ المجموع ٥٣٢/١٦.

(٢) في نسخ الجامع الصغير زيادة (ثلاثًا) هنا، ص٢٧٦، ونسخ الشرح خالية من الزيادة.

وجه ظاهر الرواية: أنه زاد على الجواب؛ لأنه لو أراد به الجواب، يكفيه أن يقول: إن فَعَلَتْ [كذا] فهي طالق، فإذا زاد على حروف الجواب، يصير مبتدئًا، فيعمل بعموم اللفظ، كما لو قال ذلك ابتداءً، وقوله: بأن الغرض تطييب قلبها، قلنا: كما يحتمل ذلك، يحتمل أنه قصد إيحاشها لمّا اعترضت عليه فيما هو مباح، فلا يترك العمل بعموم اللفظ.

فإن قال: عنيت به غيرها، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله لفظه.

رجل له ثلاث نسوة فقال: هذه طالق أو هذه، وهذه

رجل له ثلاث نسوة، فقال: هذه طالق أو هذه، وهذه، طلقت الأخيرة، وله الخيار في الأوليين، وكذا لو قال لثلاثة أعبد: أنت حر أو هذا، وهذا، عتق الثالث، وله الخيار في الأوليين: إن شاء أوقع على الثاني، وإن شاء أوقع على الأول.

وذكر أيضًا في كتاب الإقرار: لو قال: لفلان عليَّ ألف، أو لفلان وفلان، كان نصف الألف للثالث، وله الخيار في النصف[1] الآخر: إن شاء جعله للأول، وإن شاء جعله للثاني.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد: أنه يُخَيَّرُ في الطلاق والعتاق: إن شاء أوقع على الأول، وإن شاء أوقع على الأخريين، وكذلك في الإقرار: إن شاء جعله للأول، وإن شاء جعله للأخريين؛ لأن الجمع بحرف الجمع، كالجمع بلفظ الجمع، فصار كأنه قال: هذا حر أو هذان.

رجل قال: والله لا أكلم فلانًا، أو فلانًا وفلانًا

وجعل هذا نظير ما قال في «الجامع»: رجل قال: والله لا أكلم فلانًا، أو فلانًا وفلانًا، إن كلم الأول، حنث، وإن كلم [أحد الأخريين] لا يحنث حتى يُكَلِّمَهُمَا، ويكون الثالث معطوفًا على الثاني.

---

(١) في د (وله الخيار في الأوليين).

[١٢٤/ب] وفي ظاهر الرواية: فَرَّق بين مسألة «الجامع»، وبين ما ذكرنا في الطلاق والعتاق والإقرار.

ووجه الفَرْقِ: أن كلمة «أو» إذا دخلت بين شيئين، تتناول أحدهما نكرة، إلَّا أن في الطلاق والعتاق: الموضع موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص، فتتناول أحدهما، فإذا عطفنا الثالث على أحدهما، صار كأنه قال: إحداكما طالق وهذه، ولو نص على هذا، كان الحكم ما ذكرنا.

أما في مسألة «الجامع»: الموضع موضع النفي، والنكر في موضع النفي تعم، وتكون كلمة «أو» بمعنىٰ لا، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا**﴾ [الإنسان: ٢٤]، كأنه قال: والله لا أُكَلِّمُ فلاناً ولا فلانًا، فإذا ذكر الثالث بحرف العطف، يصير كأنه قال: والله لا أكلم فلانًا أو هذين.

إذا قال: لعمرُو اللهِ وأيم اللهِ

إذا قال: لعمرُو اللهِ، وأيم اللهِ، فهما يمينان؛ لأنهما يستعملان في اليمين عرفًا مؤكدًا بالكتاب والسنة، قال الله تعالىٰ: ﴿**لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ**﴾ [الحجر: ٧٢]، وأمَّا السنة: ما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أنه أَمَّرَ زيد بن حارثة في حرب كلاب فطعن فيه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أيم الله إنه لخليق الإمارة**»(١)، أي: لحقيق بها. [والله تعالىٰ أعلم وأحكم].

---

(١) أورده الصالحي في سبل الهدىٰ والرشاد (مطولاً)، ١٢/٢٤١.

بسم الله الرحمن الرحيم

[وبه نستعين]

كتَابُ الحُدُوْدِ

[بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ]

رجل شهد عليه الشهود بعد حين بسرقة، أو زنا

(**رجل شهد عليه الشهود بعد حين بسرقة، أو زنا، أو شرب خمر، لا يحد في شيء من ذلك، ويضمن السرقة، فإن أقر بذلك بعد حين، حُدّ إلَّا في شرب الخمر**).

والأصل فيه: أن التقادم يمنع قبول الشهادة بكل حد وجب حقًّا لله تعالىٰ، وقال ابن أبي ليلىٰ رحمه الله تعالىٰ: لا يمنع، له: أن التقادم لا يمنع قبول الشهادة في القصاص، وحد القذف، فكذلك في غيرهما؛ ولهذا لا يمنع قبول الشهادة على الإقرار بما يوجب الحد.

ولنا: «قول عمر رضي الله عنه: **أيما قوم شَهدُوا على حد لم يشهدوا عند حضرته، فهم شهود ضغن**»[1]؛ ولأن الإنسان إذا رأىٰ من غيره فاحشة توجب الحد، ولا تشترط الدعوىٰ لقبول الشهادة، [بل هو مخيَّر بين الستر] والإظهار إقامةً للحسبة، والستر أندب، فإذا لم يظهر زمانًا، فقد اختار الستر؛ إذ لا يجوز له ترك الإظهار إلَّا عند اختيار الستر، فإذا شهد بعد ذلك، فإنما شهد لضغينة حملته على ذلك، إليه أشار عمر رضي الله عنه، فقال: هم شهود ضغن.

---

(١) نقل الشنقيطي في الأضواء عن المغني الأثر عن ابن عمر، ثم قال: «رواه الحسن مرسلاً، ومراسيل الحسن ليست بالقويّة»، ٥/٣٨٨.

وفي السرقة لا تقبل الشهادة بعد التقادم؛ لا لتهمة في الشهود، بل لأن الدعوىٰ شرط لقبول الشهادة، وإنما لا تقبل للخلل في الدعوىٰ؛ لأن صاحب المال كان مخيرًا في الابتداء بين أن يدّعي السرقة، وبين أن يدّعي المال مطلقًا ويستتر على السارق، فإذا أخّر الدعوىٰ، فقد اختار الستر، فلم يبق له حق دعوىٰ السرقة والحد، وبقي له دعوىٰ المال، فيقضىٰ له بالمال دون القطع، كما لو شهد على السرقة رجل وامرأتان، يقضي بالمال دون القطع.

حد التقادم

ثُمَّ اختلفوا في حد التقادم، فعن أبي حنيفة: أنه يفوض إلى رأي كل قاض في عصره؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يمكن، وعن محمد: أنه قدّره بالشهر، وهكذا روي عن أبي يوسف، فقال: أحسن ما سمعنا فيه: الشهر؛ وهذا لأن الشهر وما فوقه آجل، وما دونه عاجل.

أصله: مسألة اليمين: إذا حلف ليقضين دين فلان عاجلاً، فقضاه فيما دون الشهر، برّ في يمينه.

إن أقر بزنا متقادم أو سرقة، أو قطع طريق بعد حين

وإن أقر بزنا متقادم، أو سرقة، أو قطع طريق بعد حين، حُدَّ، وقال زفر رحمه الله: لا يحد؛ لأن الإقرار بالزنا بمنزلة الشهادة؛ فلهذا شرط التكرار أربع مرات، كما يشترط الأربع في الشهادة، ثم التقادم يمنع قبول الشهادة، فيمنع صحة الإقرار.

ولنا: ما روي أن ماعِزًا رضي الله عنه أقر بالزنا بين يدي رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لعلك تزوجتها، لعلك مسستها**»، فقال: لم يكن شيء من ذلك، ثم سأل عن أهله، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام:

«**أبه خبل أبه جنون؟**»[١] فقالوا: لا. استقصىٰ في طلب ما يكون سببًا للدرء، ولم يسأل عن الوقت، ولو كان التقادم مانعًا لسأله عن الوقت؛ ولأن التقادم إنما يمنع قبول الشهادة لمكان التهمة، ولا تهمة في الإقرار؛ لأن الإنسان لا يقر على نفسه كاذبًا.

إن أقر بشرب الخمر

وإن أقر بشرب الخمر، فإن كان يوجد منه رائحة الخمر، يُحَدُّ، وإلَّا فلا، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: يُحَدُّ، ولا يشترط وجود الرائحة. [١٢٥/أ]

وجه قوله: أنه غير متهم في الإقرار، فيؤخذ بإقراره كما في سائر الحدود؛ ولأن الروائح تشبه بعضها بعضًا، فلا يشترط وجودها.

ولهما: ما روي: «**أن رجلاً جاء بابن أخ له إلى ابن مسعود رضي الله عنه، فاعترف عنده بشرب الخمر، فقال له ابن مسعود: بئس وَلِيُّ اليتيم أنت، لا أدبته صغيرًا، ولا سترت عليه كبيرًا، ثم قال: مزمزوه وبلبلوه وترتروه أيضًا، واستنكهوه، فإذا وجدتم رائحة الخمر، فاجلدوه**»[٢].

وحَدُّ الشرب عُرِفَ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فلما اشترط وجود الرائحة، لم يثبت الإجماع عند انقطاع الرائحة؛ ولأنَّ الحدود يحتال لدرئها، فمهما أمكن ضم دليل آخر إلى الإقرار، والشهادة لا تكتفىٰ به، والرائحة دليل من حيث الظاهر، فيشترط وجودها.

---

(١) حديث ماعز أخرجه مسلم (١٦٩٥) وغيره من أصحاب السُّنَن.

(٢) أورده الزيلعي وقال: «غريب بهذا اللفظ، وروىٰ عبد الرزَّاق في مصنفه ...» نحوه، نصب الراية ٣٤٩/٣؛ وقال الحافظ: «لم أجده هكذا، وروىٰ ابن إسحاق وعبد الرزاق، والطبراني ...» نحوه، الدراية ١٠٥/٢؛ وأورده محمد بن الحسن في الجامع الصغير ٢٧٨/١.

لو شهدوا عليه بشرب الخمر وريحها يوجد منه

وكذا لو شهدوا عليه بشرب الخمر وريحها يوجد منه، أو جاؤوا به سكران، حُدَّ، وإن شهدوا بعد ذهاب الرائحة والسكر، لا يحد.

أجمع أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: أنَّ التَّقادم يمنع قبول هذه الشهادة، لكن اختلفوا في حَدِّ التقادم فيها، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: حد التقادم فيها: انقطاع الرائحة، وعند محمد رحمه الله: الشهر، كما في سائر الحدود.

(**فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه، أو هو سكران، فذهبوا به إلى مصر فيه الإمام، فانقطعت الرائحة لبعد المسافة، حُدَّ في قولهم**)؛ لأنهم ما اختاروا الستر، وما فرطوا في الأداء، وإنما انقطعت الرائحة بسبب لا يمكن الاحتراز عنه، فلا يعتبر.

وإن شهدوا عليه وريحها توجد منه وهو سكران، لا يُحَدُّ قبل ذهاب السكر؛ لأنه ربما يصحو فيدَّعي شبهة تمنع الحد؛ ولأن الزَّجر لا يحصل بإقامة الحد قبل ذهاب السكر.

لا يحد السكران بإقراره

(**ولا يحد السكران بإقراره**)؛ لأنه قد يُقِرّ كاذبًا بالسكر، فلم يصح إقراره في الحدود الخالصة لله تعالىٰ، احتيالاً لدرئها، ويؤخذ بإقراره فيما سواها من الحقوق.

الحدود الواجبة للعباد

والحدود الواجبة للعباد كحد القذف، عرف ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم، فإنهم قالوا: «**إذا سكر هذىٰ، وإذا هذىٰ افترىٰ، وحَدُّ المفتري ثمانون**»[1]، فهذا إجماع منهم على وجوب حد القذف عليه، فإذا وجب عليه حد القذف حقًّا للعبد، فكذلك سائر الحقوق.

---

(١) أخرجه مالك في الموطَّأ، والشافعي عنه، ووصله النسائي في الكبرىٰ، والحاكم من وجه آخر. انظر: التلخيص الحبير ٧٥/٤؛ وسبل السلام ١٨١/٣؛ ومجموع الفتاوىٰ لابن تيمية ١٠٥/٣٣.

رجل شرب من المسكرات غير الخمر

رجل شرب من المسكرات غير الخمر، فإنه لا يحد حتى يسكر من ذلك، وفي الخمر لا يشترط السكر؛ لِمَا ذكرنا في الأشربة، (**فالسكران الذي يحد: هو الذي لا يعرف قليلاً ولا كثيرًا، ولا يعرف الرجل من المرأة**)[1]، هكذا ذكر هاهنا.

(**وقال أبو يوسف ومحمد: أن يختلط كلامه، ويكون غالب كلامه الهَذَيَان**)، فإن كان نصف كلامه مستقيمًا، فليس بسكران، واعتبر فيه العرف والعادة، وفي كتاب الله تعالىٰ إشارة إليه، فقال: ﴿**لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ**﴾ [النساء: ٤٣].

وعن أبي يوسف: أنه يستقرأ: ﴿**قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ**﴾ [الكافرون: ١]، فإن قرأها على الوجه، فليس بسكران، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ بالغ في ذلك؛ احتيالاً لدرء الحد.

❖❖❖

(١) في نسخة الجامع الصغير (الباز) زيادة: (ولا الأرض من السماء)، ص٣٧١.

بَابُ
الإِحْصَانِ

شروط الإحصان

(لا يكون الإحصان إلَّا بين حُرَّيْن، مسلمين، عاقلين، بالغين، جامعها زوجها بعد البلوغ)[١]، ولا يصير الزوج مُحْصَنًا بوطء الأمة، والكتابية، والصغيرة، والمجنونة.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنه يصير محصنًا بوطء الكتابية؛ لكمال حالها.

وجه ظاهر الرواية: قوله عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضي الله عنه حين تزوّج يهودية: «**دعها، فإنها لا تحصنك**»[٢]؛ ولأن الإحصان: عبارة عن الدخول في الحصن، وإنما يصير داخلاً في الحصن عن الزنا، إذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل، فإنه مانع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة، وكذلك

---

(١) في نسختي الجامع: (وقد جامعها وهما على هذه الصفة)، ص٢٧٩؛ (والباز) ص٣٧٢.

(٢) «الحديث عن كعب بن مالك: أنَّه أراد أن يتزوَّج يهوديَّة، فقال له النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم: «لا تتزوجها، فإنها لا تحصنك»، فرواه أبو داود في مراسيله (١/١٨١)، ومع إرساله فهو منقطع، وضعيف؛ لأنه يرويه عن علي أبو سبأ عتبة بن تميم، ولا يعرف حاله، كما قال ابن القطان، ورواه عنه بقية، وهو ممن قد علم حاله». انظر: نصب الراية ٣٢٧/٣.

الدين، والحرية؛ لأن الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه، والعبد لا يبالي به، وكذا البلوغ؛ لأن الصغير لِقِلَّةِ عقله، قَلَّ ما يقف على العواقب، وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ؛ لأن به تقع [الغنية] عن الزنا، فإذا استحقت الشرائط، يصير محصنًا.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأنكر الإحصان

(**أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأنكر الإحصان**): وهو الدخول بحكم النكاح، (**وله امرأة قد ولدت في نكاحه، يرجم**)؛ لأن حكم الشرع بثبوت النسب منه، حكم بالدخول، ولهذا لو طلقها، كان له الرجعة، فإن لم يكن ولدت منه، فشهد على الإحصان رجل وامرأتان، ثبت الإحصان عندنا، خلافًا لزفر والشافعي[1]، والمسألة معروفة. [١٢٥/ب]

وعلى هذا شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم، لا ضمان عليهم عندنا، وقال زفر: يضمنون الدِّيَة.

وحاصل الخلاف: راجع إلى أن الإحصان عندنا شرط محض، وعند زفر: شرط في معنىٰ العلّة. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٠٤؛ رحمة الأمة ص٤٩٩.

بَابُ
الوَطْءِ الَّذِي يُوْجِبُ الحَدَّ، وَالَّذِي لَاْ يُوْجِبُ

رجل طلّق امرأته ثلاثًا ثم وَطَئَهَا في العدة

(رجل طلّق امرأته ثلاثًا، ثم وَطَئَهَا في العدة، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، حُدَّ)؛ لأن هذا وطء تمحّض حرامًا؛ لوجود علة الحرمة: وهي الطلقات الثلاث، فكان زنًا.

وإن قال: ظننت أنها تحل لي، لا يحد؛ لأن بعض أحكام النكاح قائم بعد الطلقات الثلاث: من النفقة، والسكنىٰ، وحرمة نكاح الأخت، وثبات النسب، حتى لو جاءت بالولد، يثبت النسب إلى سنتين، فإذا ظن الحِلَّ في موضع الاشتباه، لا يُحَدُّ.

والخلع والطلاق بمال بعد الدخول

والخلع والطلاق بمال بعد الدخول، بمنزلة الطلقات الثلاث في هذا الحكم؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم، وإن اختلفوا: أن الخلع فسخ أو طلاق؟ فقد اتفقوا: على أنه موجب للحرمة.

الشبهة على نوعين: في الفعل، وفي المحل

والشبهة على نوعين: شبهة في الفعل، وشبهة في المحل.

فالشبهة في الفعل: أن يظن الإنسان غير دليل الحل دليلاً، وهذا النوع من الشبهة لا تثبت بدون الدعوىٰ؛ لأنها لا تثبت إلَّا في حق من يشتبه عليه.

والشبهة في المحل: أن يوجد دليل الحل في المحل، ويمتنع عمله لمانع، فيعتبر شبهة في حق الكل، ولا يتوقف ثبوتها على الدعوىٰ.

أما القسم الأول: فمنها ما ذكرنا.

إذا وطأ الرجل جارية والديه، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام

ومنها: (إذا وطأ الرجل جارية والديه، أو جده وإن علا، أو زوجته، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، حُدَّ)؛ لأن فعله تمحض حرامًا؛ لانعدام دليل الملك، أو العقد.

(وإن قال: ظننت أنها تحل لي، لا يحد)؛ لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه، فكان هذا ظنًا منه في موضع الاشتباه، فيمنع الحد.

وإن قال الرجل: علمت أنها علي حرام، وقالت الجارية: ظننت أنه يحل لي، لا يحد واحد منهما: أما المرأة، فبدعوى الشبهة، وأما الرجل؛ لأن الزنا يقوم بهما، فإذا سقط الحد عن المرأة، سقط عن الرجل؛ لمكان الشركة.

وكذلك العبد إذا وطأ جارية مولاه وقال ظننت أنها تحل لي، لا يحد؛ لأن له نوع بُسُوطة في مال المولىٰ: من الدخول في داره، والجلوس على فراشه، فإذا ظن أن له هذا النوع من البسوطة، كان ظنًّا في موضع الاشتباه.

وكذا المولىٰ إذا زنىٰ بأم ولده في عدة العتق، وقال: علمت أنها علي حرام، حُدَّ؛ لأن فعله تمحض حرامًا؛ لانعدام الملك، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، لا يحد؛ لأنها فراش لمولاها، فكان ظنًا في موضع الاشتباه.

والمرتهن إذا وطأ المرهونة، في رواية: إذا قال: علمت أنها علي حرام، حُد؛ لأن فعله تمحّض حرامًا؛ لانعدام الملك، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، لا يحد؛ لأن المرتهن لما اختص بمالية الرهن، عَسَىٰ يشتبه عليه أنَّه يحل له الوطء.

الشبهة في المحل: قال لامرأته: أنت خلية، أو برية ونوى به الطلاق

وأما القسم الثاني: وهو الشبهة في المحل، فمنها: (**رجل قال لامرأته: أنت خلية، أو برية، أو أمرك بيدك، أو ما أشبه ذلك من ألفاظ الكنايات، ونوىٰ به الطلاق، أو اختارت نفسها في الأمر، ثم وطَئَهَا في العدة، فإنه لا يحد وإن قال: علمت أنها عَلَيَّ حرام**)؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا: أن الواقع بالكنايات: بائن أو رجعي؟ فنحن وإن أخذنا بقول من يقول بالبينونة، فاختلاف الباقين يورث الشبهة.

إذا وطأ جارية ولده وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام

ومنها: (**إذا وطأ جارية ولده، أو ولد ولده وإن سفل، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، لا يحد**)؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام (**أضاف مال ولده إليه بلام التمليك**)[1]، فإن لم يثبت الملك لمانع، فلا أَقَلَّ من إيراث الشبهة.

ويضمن العقر؛ لأن الوطء الحرام لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، وقد انتفت العقوبة هاهنا، فتعينت الغرامة، فإن حبلت منه، يضمن قيمتها، ولا يضمن العقر؛ لأن له أن يتملك مال الابن عند الحاجة، وقد تحققت الحاجة هنا: وهي [حاجة] صيانة الماء عن الضياع، فيصير متملكًا، ويصير واطئًا ملك نفسه، فلا يلزمه العقر، ويضمن قيمة الجارية رعاية لجانب الولد.

بخلاف ما إذا أكل مال الولد عند الحاجة، فإنه لا يضمن؛ لأن الأب يستوجب النفقة على ولده، ولا يستوجب نهبة محل الاستيلاد على الولد، فافترقا من هذا الوجه.

ومنها: البائع إذا وطأ المبيع قبل التسليم، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام،

---

(١) قوله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم: (أنت ومالك لأبيك): أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢١٤؛ وأبو داود (٣٥٣٠)؛ وابن ماجه (٢٢٩٢)؛ شرح معاني الآثار ٤/ ١٥٨؛ صحيح ابن حبان ٢/ ١٤٢. وغيرهم.

لا يُحد؛ لأن ملك الرقبة وإن زال بالبيع، فملك اليد لم تزل؛ ولهذا لو هلكت [١٢٦/أ] قبل التسليم، تهلك من مال البائع، فصار ملك اليد شبهة.

وكذا لو تزوج امرأة على جارية بعينها، ثم وَطَئَها قبل التسليم، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، لا يُحد، وهي والمبيعة سواء.

ومنها: إذا وطأ جارية بينه وبين غيره، وقال: علمت أنها عَلَيَّ حرام، لا يحد، ويغرم نصف العقر؛ لأنه ملك نصفها من كل وجه، وملك الرقبة يقتضي إطلاق الانتفاع، وإنما امتنع الحل لحق الشريك، فلا بد من الشبهة.

والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن: بمنزلة الجارية المشتركة.

كل موضع يسقط الحد لشبهة في الفعل لا يثبت النسب

ثم في كل موضع يسقط الحد لشبهة في الفعل، لا يثبت النسب، وإن ادعىٰ أن الولد ولده وصدقته المرأة؛ لأن هذا وطء حصل في محل غير مملوك، فكان زنًا، وإنما سقط الحد لمكان الشبهة، فلا يثبت به النسب إلَّا في المطلقة بعد الدخول إذا لم تقر بانقضاء العدة، يثبت النسب إلى سنتين؛ لأن ثَمَّةَ سبب ثبات النسب قائم: وهو الفراش.

كل موضع سقط الحد بشبهة في المحل يثبت النسب

وفي كل موضع سقط الحد بشبهة في المحل، يثبت النسب إن ادَّعَىٰ، (إلَّا أن في عموم هذا الأصل نظر؛ فإنه ذكر في باب المهور من «الأصل»: إذا كان المهر جارية، فلم تقبضها حتى وَطَئَها الزوج، وولدت، فادعىٰ الولد، لا يصدق؛ لأنها ملك المرأة، واستيلاده في ملكها لا يَصِحُّ)[١]؛ لأن الشبهة في المحل تخرج الفعل من أن يكون زنًا، إلَّا أنها إذا لم تكن فراشًا له، لا يثبت بدون الدعوىٰ، وإن كانت فراشًا له كالمطلقة وأم الولد، لا يشترط الدعوىٰ.

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

رجل وطأ وطئًا حرامًا فقذفه إنسان

رجل وطأ وطئًا حرامًا، فقذفه إنسان، لا يحد قاذفه، إلَّا إذا حرم الوطء مع قيام الملك من كل وجه حرمة مؤقتة، كما لو وطأ جاريته المجوسية، أو المرتدة، أو وطأ مكاتبته، أو امرأته الحائض والنفساء، فقذفه إنسان، فإنه يحد قاذفه؛ لأن سبب الحل قائم، وهذه حرمة عارضة، فلم يكن فعله زنًا، فكان قذفه قذف المحصن، فيجب الحد.

امرأة طاوع صبيًا أو مجنونًا

(امرأة طاوعت صبيًّا أو مجنونًا، لا يحد كل واحد منهما)، وقال زفر والشافعي: تحد المرأة، والبالغ إذا زنا بصغيرة، أو مجنونة، يحد الرجل بالإجماع[1]، والمسألة معروفة.

حربي دخل دارنا بأمان، وزنى بمسلمة

(حربي دخل دارنا بأمان، وزنىٰ بمسلمة، أو ذِمِّيَّة، فإنَّه لا يُحَدُّ المستأمن، وتحد المرأة، وقال محمد : لا يُحَدَّان، وهو قول أبي يوسف الأول.

والذمي إذا زنىٰ بحربية مستأمنة، يُحَدُّ الذمي، ولا تحد المستأمنة، وقال أبو يوسف : تُحَدُّ).

فالحاصل: أن على قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأول: لا يحد المستأمن والمستأمنة، وقال أبو يوسف آخِرًا: يحد المستأمن والمستأمنة أيضًا، كما يحد الذمي والذميَّة.

وجه قول أبي يوسف آخِرًا: أن الحربي معتقد حرمة الزنا؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها، فإذا دخل دارنا بأمان، التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا، وحد الزنا من أحكام الإسلام، فيلزمه كما يلزمه حد القذف.

---

(١) انظر: المهذب ٣٨١/٥؛ الروضة ٩١/١٠.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن المستأمن لم يدخل دارنا لالتزام أحكامنا، وإنما دخل دارنا لقضاء حاجته ثم يعود، فلا يلزمه بدون الالتزام، وإنما لزمه حد القذف؛ لأنه عهد أن لا يؤذي أحدًا في دار الإسلام، وقد آذىٰ، فيلزمه الحد.

وإذا لم يجب الحد على الحربي والمستأمن إذا زنىٰ بمسلمة ذِمِّيَّة، لا يجب على المرأة في قول محمد وأبي يوسف الأول، وعلى قول أبي حنيفة: يجب.

وكذلك المُكْرَهُ إذا زنىٰ بطائعة، عندهما: كما لا يحد الرجل، لا تحد المرأة، وعنده: تحد المرأة.

وجه قولهما: وهو أن المرأة تبع للرجل في هذا الفعل، فإذا لم يجب على الأصل، لا يجب على التبع، كالعاقلة البالغة إذا مكّنت صبيًّا أو مجنونًا.

ولأبي حنيفة: أن سبب الحد على المرأة: التمكين من فعل الزنا، وقد وجد؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها، وإنما لم يجب على المستأمن؛ لعدم الولاية، فلا يسقط عن المرأة، كالمرأة إذا استدخلت فرجها فرج النائم.

والأصل لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أن في كل موضع سقط الحد عن الرجل لعدم الحرمة في حق الرجل [كفعل الصَّبِيِّ] والمجنون، لا يجب على المرأة أيضًا؛ لانعدام السبب: وهو التمكين من الزنا، وفي كل موضع سقط الحد عن الرجل مع قيام الحرمة؛ لمعنىٰ يَخُصُّه، كما في النائم والمستأمن، لا يسقط عن المرأة؛ لوجود التمكين [في ذلك] من الزنا، وكذلك الطائعة إذا مكنت مُكْرَهًا؛ لأن فعل المُكْرَهِ حرام، وإنما سقط الحد عن الرجل لمعنىٰ [١٢٦/ب] يخصه مع قيام دليل الحرمة، فلا يسقط عن المرأة.

رجل أكرهه السلطان حتى زنى

(**رجل أكرهه السلطان حتى زنىٰ، فلا حَدَّ عليه، وإن أكرهه غير السلطان، فعليه الحد**)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يحد، وهذا بناءً على أن الإكراه عند أبي حنيفة: لا يتحقق إلَّا من السلطان، وعندهما: يتحقق من كل متغلب.

وهذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، فإن في زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: كان للسلطان من القوة ما لا يتجاسر غيره على الإكراه، وفي زمنهما: ظهرت القوة لكل متغلب، وكذلك في زماننا، والفتوىٰ على قولهما.

وفيما إذا تحقق الإكراه، كان أبو حنيفة يقول أولاً: يحد المكره، وهو قول زفر، ثم رجع وقال: لا يحد.

وجه قوله الأول: أن الزنا لا يكون إلَّا بعد انتشار الآلة، وانتشار الآلة أثر الطَّوْعِ والمَيْلِ، وجه قوله الآخر: أن الانتشار وإن كان لا يحصل إلَّا عن شهوة، فليس كل من ينتشر آلته يميل إلى الزنا، [بل] الظاهر أن يمتنع خوفًا عن العقاب في دار الآخرة، فكان الزنا حاصلاً عن إكراه.

رجل أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى

(**رجل أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنىٰ بفلانة، وقالت المرأة: تزوجني، أو أقرت المرأة بذلك، وقال الرجل: تزوجتها، لا يُحَدُّ واحد منهما**)؛ لأن قول مدعي النكاح، يحتمل الصدق، وعلى اعتبار الصدق، يثبت النكاح من الجانبين، فإذا تَوَهَّمَ يتوهم من الجانبين، وعند قيام الشبهة، لا يحد، ويلزمه العقر في الفصلين؛ لأن الوطء الحرام لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، فإذا انتفت العقوبة، تعينت الغرامة.

رجل عَمِل عَمَل قوم لوط

(**رجل عَمِل عَمَل قوم لوط، فإنه يعزر، ويحبس حتى يحدث توبة، ولا يحد حد الزنا، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي**[1] **رحمهم الله تعالىٰ: يُحَدُّ**)، والمسألة معروفة.

وإن فعل ذلك بمنكوحته، أو عبده، أو مملوكته، ذكر في «الزيادات»: أنه لا حد عليه، أما عند أبي حنيفة فظاهر؛ لأنه لا يحد بذلك في غير الملك، ففي الملك أولىٰ، وأما عندهما؛ فلأن قيام الملك الذي هو سبب لإطلاق الانتفاع، أورث شبهة.

رجل زنى بجارية، فقتلها

(**رجل زنىٰ بجارية، فقتلها، كان عليه الحد، والقيمة**)؛ لأنه قتل وزنىٰ، فيجب حكمهما، ووجوب ضمان القيمة، لا يمنع الحد؛ لأن ضمان الجناية لا يفيد الملك في المضمون، فلا يورث الشبهة.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجب الحد؛ لأن ضمان القيمة سبب لملك الجارية؛ كيلا يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل، والملك المعترض في باب الحد، بمنزلة الموجود وقت الفعل، بخلاف ما إذا زنىٰ بحُرَّة فقتلها، حيث يجب [عليه] الحد، ووجوب الدِّيَة لا يمنع وجوب الحد؛ لأن الحرة لا تملك بالضمان.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن ضمان القتل إنما يجب من حيث إنَّه آدمي، لا من حيث أنه مال، فلا يكون سببًا للملك؛ ولأن الحد إنما يجب باستيفاء منفعة البُضْع، والمنافع المستوفاة لا تقبل الملك.

---

(١) انظر: المهذب ٥/٣٨٣؛ الروضة ١٠/٩٠.

ألا ترىٰ أنه لو زنىٰ بحرّة، ثم تَزَوَّجَهَا، لا يسقط الحد، وإن زنىٰ بأمة ثم ملكها، لا يسقط الحد في قول محمد، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي حنيفة، وفي رواية: يسقط، وهو قول أبي يوسف.

كل شيء فعله الإمام الذي لا إمام فوقه

(**وكل شيء فعله الإمام الذي لا إمام فوقه، لا حَدَّ عليه، إلَّا القصاص، والمال، فإنه يؤخذ منه**)؛ لأن إقامة الحدود مفوض إلى الإمام، وهو لا يقيم الحد على نفسه، وغيره من السلاطين خلفاؤه، فلا يفيد الوجوب؛ ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالىٰ: المسلم إذا زنىٰ في دار الحرب، لا يُحَدُّ؛ لأنه ليس في ولاية الإمام، بخلاف القصاص؛ لأن ولاية استيفاء القصاص للمولىٰ، وربما تيسر عليه ذلك بمنعة المسلمين، وكذلك المال.

وإن قذف الإمام الأعظم رجلاً، ينبغي أن لا يجب عليه الحد، وإطلاق الكتاب دليل عليه؛ لأن إقامته مفوض إلى الإمام.

❊❊❊

بَابُ
الشَّهَادَةِ فِي الزِّنَا

أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة

(أربعة شهدوا على رجل أنه زنىٰ بفلانة، وفلانة غائبة، فإنه يُحَدُّ، وكذا إذا أقر أنه زنىٰ بفلانة) وهي غائبة، أما في الإقرار؛ **(فلأن ماعزًا رضي الله عنه أقر أنه زنا بامرأة غائبة، وأمر رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم برجمه)**[1]، وكذا الشهادة؛ لأنهم شهدوا عليه بالزنا الموجب للحد.

[١٢٧/أ] ولا يقال: ينبغي أن يعتبر حضرة المرأة؛ لأنها لو كانت حاضرةً عسىٰ تدعي النكاح، أو تدعي الشبهة، فيسقط الحد عن الرجل، كما قلنا في القصاص: إذا كان بين شريكين أحدهما غائبًا، لا يستوفىٰ حتى يحضر الغائب؛ لاحتمال أن يحضر الغائب فيُقِرُّ بالعفو.

لأنَّا نقول: هذا اعتبار شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة غير معتبرة؛ لأن اعتبارها يُؤَدِّي إلى امتناع الحدود، وإنما قلنا: إن فيه اعتبار شبهة الشبهة؛ لأنها لو كانت حاضرة وادّعت النكاح، يسقط الحد لمكان شبهة الصدق،

---

(١) حديث ماعز: (روىٰ جابر بن سمرة قال: رأيت ماعز بن مالك حين جيء به إلى النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم ...، فشهد على نفسه أربع مرَّات: أنه زنىٰ، فقال رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم: فعلَّك؟ قال: لا والله، أنه قد زنىٰ الآخر، فرجمه)، أخرجه مسلم (١٦٩٢)؛ ولأحمد: (أن ماعزًا جاء فأقر عند النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم أربع مرَّات، فأمر برجمه)، مسند أحمد ٩١/٥.

فإذا كانت غائبةً، كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة، وهذا بخلاف مسألة القصاص؛ لأن ثَمَّةَ لو حضر الغائب وأقر بالعفو، يسقط القصاص بحقيقة العفو، لا بشبهة العفو، فعند غيبته، تثبت شبهة العفو.

لو شهد رجلان على رجل أنه سرق من فلان الغائب

(ولو شهد رجلان على رجل أنه سرق من فلان الغائب، لم يقطع)، والفرق بين الحد وبين القطع: أن الدعوى شرط لظهور[1] السرقة؛ لأن السرقة: أخذ مال الغير على وجه الخفية، فالشَّهادة على السَّرقة شهادة على المال، فلا تقبل من غير دعوىٰ.

أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بامرأة لا يعرفونها

(أربعة شهدوا على رجل أنه زنىٰ بامرأة لا يعرفونها، لم يُحَد)؛ لأن الظاهر أنها كانت منكوحته، أو مملوكته، **(وإن أقرَّ أنه زنىٰ بامرأة لا يعرفها، حُدَّ)**؛ لأن مملوكته لا تشتبه عليه ظاهرًا، وتشتبه على الشهود.

رجلان شهدا على رجل أنه زنى بفلانة وهي طائعة

(رجلان شهدا على رجل أنه زنىٰ بفلانة وهي طائعة، وشهد آخران أنه استكرهها، دُرِئَ الحد عنهم جميعًا) في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يُحَدُّ الرجل، ولا تُحَدُّ الشهود والمرأة.

لهما: أنهم اتفقوا على الزنا الموجب للحد، وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية لا مدخل لها في إسقاط الحد: وهو إكراه المرأة، فلا يسقط الحد عن الرجل.

ولأبي حنيفة: أنهم شهدوا بزيادتين مختلفتين؛ لأن الزنا بصفة الطواعية يشترك فيه الرجل والمرأة، والزنا بصفة الإكراه، ينفرد به الرجل، وحكمهما مختلف، وليس على أحدهما شهادة الأربع، فلا يثبت الزنا، ولا حَدَّ على الشهود؛ لأنهم اتفقوا على نسبته إلى الزنا في أول الشهادة، فلم يقع كلامهم قذفًا.

---

(١) في ب (لثبوت).

إن شهد اثنان أنه زنى بفلانة بالكوفة وآخران بالبصرة

(وإن شهد اثنان أنه زنىٰ بفلانة بالكوفة، وشهد آخران أنه زنىٰ بها بالبصرة، دُرِئَ الحد عنهما)؛ لأنهم شهدوا بزنائين مختلفين، وكل فعل لا يثبت إلَّا بشهادة الأربع لا يُحَدُّ الشهود[1]، وقال زفر: حُدَّ الشهود؛ لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد، فصار كلامهم قذفًا، كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا، فإنهم يُحَدُّون حدَّ القذف.

ولنا: أن كلامهم وقع شهادة؛ لاستجماع شرائطها: وهو الأهلية، ولفظ الشهادة، وتمَّ العدد في حق المشهود عليه، ولم يتِمَّ في حق المشهود به، [فاعتبرنا بكامل العدد في حق المشهود عليه، فلا يجب الحدّ على قاذفه، واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به] وقلنا: بأنه لا يُحَدُّ حَدَّ الزنا؛ احتيالاً للدرء بقدر الممكن.

وعلى هذا الخلاف: إذا قذف رجل إنساناً، فجاء القاذف بأربعة وشهدوا على المقذوف بالزنا، فشهد اثنان منهم أنه زنىٰ بفلانة بالكوفة، وشهد آخران أنه زنىٰ بها بالبصرة، عندنا: يسقط الحد عن القاذف، وعند زفر: لا يسقط، وكلامنا أظهر لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، شرط شهادة الأربع؛ لسقوط الإحصان مطلقًا، وقد وجدت شهادة الأربع، هذا إذا اختلف الشهود في مكانين مختلفين.

اختلاف الشهود في الناحية من البيت الواحد

وإذا اختلفوا في بيت واحد، وشهد اثنان منهم أنه زنىٰ به في هذه الناحية، وشهد آخران أنه زنىٰ بها في ناحية أخرىٰ، فإنه يُحَدُّ الرجل والمرأة، والقياس: أن لا يُحَدُّ، كما في الدارين، والمصرين.

---

(١) في د زيادة: (حدّ الشهود عندنا، خلافًا لزفر).

وجه الاستحسان: أن هذا اختلاف يقبل التوفيق؛ لاحتمال أن يكون ابتداء الفعل في زاويةٍ، وتمامه في زاويةٍ، بخلاف الدارين والمصرين؛ لأن ثَمَّةَ لا يقبل التوفيق.

ولا يقال: بأنَّ هذا احتيالٌ لوجوب الحَدِّ، والحدود يُحتال لدرئها، لا لوجوبها؛ لأنا نقول: هذا احتيال لقبول الشهادة، والشهادة حجةٌ يجب تصحيحها ما أمكن، وإذا قبلت، كان من ضرورة قبولها وجوب الحد.

قالوا: هذا إذا كان البيت صغيرًا، فأمَّا إذا كان كبيرًا، فهو بمنزلة الدارين والمصرين.

[١٢٧/ب]

أربعة شهدوا على رجل بالزنا في بلدة وآخرون في بلدة أخرى

(أربعة شهدوا على رجل أنه زنىٰ بفلانة عند طلوع الشمس بالنُخَيْلَةِ، وشهد أربعة أخرىٰ أنه زنىٰ بها عند طلوع الشمس من ذلك اليوم بدير هند، درئ الحد عنهم جميعًا)؛ لأن القاضي يتقين بكذب أحد الفريقين؛ لاستحالة أن يكو ن الشخص الواحد في ساعة واحدة في مكانين متباعدين، وليس أحد الفريقين بإضافة الكذب إليه أولىٰ من الآخر، فبطلت شهادتهم، حتى لو كانت المسافة بين المكانين بحيث يتصور الأمران جميعًا، لم تبطل شهادتهم، وإذا بطلت شهادتهم، لا يُحَدُّ الشهود؛ لأن احتمال الصدق في كلام كل واحد من الفريقين ثابت، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف.

أربعة شهدوا على امرأة بالزنا فثبتت بكارتها

(أربعة شهدوا على امرأة بالزنا، فنظر النساء إليها، فقلن: هي بكر، دُرِئَ الحد عنها وعنهم)؛ أما عن المرأة؛ فلأن [الزنا] الموجب للحد لا يتصور مع بقاء البكارة، والبكارة تثبت بشهادة النساء؛ لأنها أمر لا يَطَّلِع عليه الرجال، وأما عن الشهود؛ لأن بكارتها ثبتت بشهادة النساء، فلا يجعل كلام الشهود قذفًا بشهادة النساء.

أربعة عميان أو عبيد شهدوا على رجل بالزنا

(أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهم عميان، أو عبيد، أو محدودون في قذف، أو أحدهم عبد، أو محدود في قذف، فإنهم يُحَدُّون حد القذف، وإن شهدوا بذلك وهم فسّاق، لا يُحَدُّون).

الشهود ثلاثة

والكلام فيه ينبني على معرفة الشهود، فنقول: الشهود ثلاثة: شاهدٌ له أهلية التحمُّل والأداء بصفة الكمال: وهو العدل، وشاهدٌ له أهلية الأداء لكن بصفة النقصان والقصور: وهو الفاسق، وشاهدٌ له أهلية التحمل، وليس له أهلية الأداء أصلاً: وهو الأعمىٰ، والمحدود في القذف.

شهادة المحدود في القذف

أما المحدود في القذف؛ فلأن شهادته بطلت بنصِّ الكتاب، وأما الأعمىٰ؛ فلأنه ليس له آلة التمييز بين المدعي والمدعىٰ عليه، فلا يقدر على أداء ما تَحَمَّل.

العدول إذا شهدوا بالزنا

والعدول إذا شهدوا بالزنا، لا يجب عليهم حد القذف؛ لأنهم شهدوا لإقامة الحسبة، فلم يكونوا قاذفين، وكذلك الفاسق؛ لأن القاضي لو قضىٰ بشهادته، ينفذ قضاؤه، وإذا احتمل كلامه أن يكون حسبةً، لم يتعين قذفًا.

الأعمى إذا شهد بالزنا

والأعمىٰ إذا شهد بالزنا، يُحَدُّ حدَّ القذف؛ لأنه لا يجوز الحكم بشهادته، فلم يكن في كلامه احتمال الحسبة، فتعين قذفًا، وكذلك المحدود في القذف.

قضى الإمام برجمه بالشهود فضرب رجل عنقه وظهر من الشهود عبدًا

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأمر الإمام برجمه، فضرب رجل عنقه بالسيف، ثم وجد الشهود عبيدًا أو أحدهم، فعلىٰ القاتل الديّة؛ لأنه ظهر أنه قتله عمدًا بغير حق، وأنه يوجب القصاص، إلَّا أن صورة القضاء أورثت شبهةً، فامتنع وجوب القصاص، فتجب الدية، ويكون في ماله؛ لأنه عمدٌ، فلا تَعقِله العاقلة.

إن رجم بقضاء خطأ

وإن رجم والمسألة بحالها، كانت الدية في بيت المال؛ لأن القتل حصل بقضاء هو خطأ، وخطأ القاضي يكون في بيت المال؛ لأن منفعة القضاء تعود إلى المسلمين، فكان ضمان خطئه في بيت مال المسلمين، هذا إذا كان محصنًا.

فإن لم يكن محصنًا، فضُرِب الحد، وجرح، ثم وجد الشهود أو أحدهم عبدًا، أو محدودًا في قذف، حُدَّ الشهود؛ لأنه ظهر أن كلامهم كان قذفًا؛ لِمَا قلنا.

وما جرحته السياط فهو هَدَرٌ في قول أبي حنيفة، لا يجب ضمانه على أحد، وقال أبو يوسف ومحمد: يكون ذلك في بيت المال؛ لأن الضرب كان بأمر القاضي، وقضاؤه للمسلمين وقع باطلاً، فما حدث منه يكون في بيت المال؛ اعتبارًا بالدية، ألا ترىٰ أنهم لو شهدوا بالزنا، وهم من أهل الشهادة، ثم رجعوا، إن رجعوا بعد الرجم، يضمنون الدية، وإن رجعوا بعدما جرح، يضمنون الأرش، كذلك هنا، ضمان النقصان يكون على من يجب عليه ضمان الدم.

ولأبي حنيفة: أن القاضي قضىٰ بضرب مؤلِم، لا بضرب جارح، والشهود لم يثبتوا ضربًا جارحًا، وإنما حصل الجرح بخَرْق الجلاد وجهله، فلا يضاف إلى غيره، ولا يضمن الجَلَّاد أيضًا؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه، فلو أخذ بذلك، يمتنع، فتتعطَّل إقامة الحد.

عزّره الإمام بشهادة أربعة، ومات منه

أربعة شهدوا على رجل بما يوجب التعزير، فعزّره الإمام، ومات منه، لا ضمان فيه، وقال الشافعي: يجب ضمانه في بيت المال[1].

---

(١) انظر: المهذب ٥/٤٦٤.

لو شهد الشهود بما يوجب الحد فضرب ومات منه

ولو شهدوا بما يوجب الحد، فضرب ومات منه، لا يجب الضمان بالإجماع.

والشافعي يحتاج إلى الفرق بين الحد والتعزير، فقال: التعزير مشروعٌ للتأديب، فيكون مباحًا كتأديب الولد والزوجة، فيتقيد بشرط السلامة.

ولنا: أن التعزير واجب كالحد؛ لأنه جزاء فعل محظور، فيكون واجبًا، بخلاف التأديب؛ لأن ذلك غير واجب، بل هو مباح.

(أربعة شهدوا على شهادة أربعة على رجل بالزنا، لا يُحَدُّ عندنا)؛ لأنه لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص، وقال الشافعي: تقبل في [١٢٨/أ] القصاص، وحد القذف[١].

وجه قوله: أن الشرط في كتاب الله تعالىٰ: شهادة الأربع، وقد وجد.

ولنا: أن القياس يأبىٰ جواز الشهادة على الشهادة؛ لأن فيها زيادة شبهة، وهي شبهة الكذب في موضعين، فلا تقبل فيما يحتال لدرئها، ولا يحد الشهود أيضًا، أما الفروع؛ لأنهم لم يشهدوا عليه بالزنا، وإنما شهدوا على شهادة غيرهم، ومن حكىٰ قذْف غيره، لا يحد، ولا حد على الأصول أيضًا؛ لأنه لم يثبت قذفهم وشهادتهم.

إن حضر الذين يشهدون على المعاينة فشهدوا

(فإن حضر الذين يشهدون على المعاينة، فشهدوا على ذلك، لم تقبل أيضًا).

---

(١) والراجح هو: عدم جواز الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالىٰ في الأظهر، وهو القول الثاني من قولي الشافعي. انظر: المهذب ٦٤٨/٥؛ الروضة ٢٨٩/١١.

أراد به: أنهم شهدوا على ذلك الزنا بعينه؛ لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فإذا ردَّ القاضي شهادة الفروع، كان ذلك ردًّا لشهادة الأصول، وكل شهادة رُدَّت في حادثة، لا تقبل في تلك الحادثة.

حبسه الإمام -بشهادة أربعة بالزنا- فقتله إنسان

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فحبسه الإمام لينظر في أمره، فقتله إنسان في السجن، إن قتله عمدًا، يجب القصاص، وإن قتله خطأً تجب الدية على العاقلة؛ لأنه لا حكم للشهادة قبل القضاء، فبقيت عصمة النفس على حالها، وكذا إذا شهدوا وعُدِّلوا.

قضى القاضي برجمه فقتله رجل عمدًا أو خطأً

وإن قضىٰ القاضي برجمه فقتله رجل عمدًا أو خطأً، لا شيء عليه، ولا على عاقلته، وهو مسيءٌ فيما صنع، أما عدم الضمان؛ لأن القاضي لما قضىٰ برجمه، فقد أباح دمه، وأما الإساءة؛ لأن السُّنَّة في الرجم: البداية من الشهود، فإذا قتله يصير مخالفًا للسنة.

وكما لا يجب ضمان النفس، لا يجب ضمان الأطراف؛ لأن الأطراف تَبعٌ للنفس، فإذا سقطت عصمة النفس، سقطت عصمة الأطراف، وقبل القضاء بالرجم كما يضمن النفس، يضمن الأطراف أيضًا؛ لِمَا قلنا.

فإن رجع الشهود بعد ذلك، لا شيء على القاتل؛ لأن رجوع الشهود لم يصح في حقه؛ لمكان التهمة، فإن رجمه الناس فرجع الشهود، وهو حي، دُرِئَ عنه الحد؛ لأن الإمضاء في باب الحدود من القضاء، ولو رجعوا قبل القضاء يمتنع عن القضاء، فإذا رجعوا قبل الإمضاء، يمتنع عن الإمضاء.

شهد أربعة بالزنا ثم رجع أحدهم قبل القضاء

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، ثم رجع أحدهم قبل القضاء، حُدَّ الكل، وقال زفر: يُحَدُّ الراجع وحده؛ لأن كلامهم وقع شهادةً؛ لأن رجوعه ليس بحجة على أصحابه، فحُدَّ الراجع وحده، كما لو رجع واحد بعد الإمضاء.

إذا شهد ثلاثة بالزنا على رجل

وفيما إذا شهد ثلاثة بالزنا على رجل، القياس: أن لا يجب عليهم حد القذف، وهو قول الشافعي[1]؛ لأنهم جاؤوا مجيء الشهود، فلا يجب الحد عليهم، كما لو شهد ثلاثة على رجل باللواطة، أو شهد واحد على رجل بالسرقة، فلا يُحَدَّ ولا يُعزَّرُ، لكنّا تركنا القياس؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وهذا ليس في معناه؛ لأن ثمة انتقص العدد من كل وجه، وهاهنا نقصان العدد ثابت من وجه دون وجه؛ لأن رجوعه ليس بحجة على أصحابه.

ولنا: أن كلامه وقع نسبه إلى الزنا، فكان قذفًا في الأصل، وإنما يخرج من أن يكون قذفًا بالقضاء، وإذا لم يتصل به القضاء، بقي قذفًا.

وإن رجع واحد بعد القضاء قبل الإمضاء، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُحَدُّ الراجع وحده؛ لأن رجوعه ليس بحجة على أصحابه، وعلى القاضي أيضًا، فلا يبطل به قضاء القاضي؛ إلَّا أنه لا يستوفىٰ الحد لمكان الشبهة، فيحد الراجع وحده، كما لو رجع بعد الإمضاء.

ولهما: أن الإمضاء في باب الحدود من القضاء؛ لما عرف، فيحد الكل، كما لو رجع واحد قبل القضاء.

رجم بشهادة أربعة فكلما رجع واحد منهم

(أربعة شهدوا على رجل بالزنا، ورُجِم، فكلما رجع واحد منهم حُدّ، وغَرِم رُبُع الدية)، أما وجوب الحد مذهبنا، وقال زفر: لا يُحَدُّ؛ لأنه إن جعل قاذفَ حيٍّ، فقد بطل [الحَدُّ] بموت المقذوف، وإن جعل قاذفَ ميتٍ، فهو مرجومٌ بحكم القاضي.

ولنا: أنه فسخ شهادته بالرجوع، فانقلبت شهادته قذفًا بعد الموت، وإذا انفسخت الشهادة، انفسخ القضاء في حقّه، فلم يبق شبهةً.

---

(١) انظر: المهذب ٥/ ٦٣٠.

وأما غَرَامَةُ رُبُع الدِّيَةِ؛ لأنه تلف بشهادتهم، فكأنه تلف الرُّبُع مضافًا إلى شهادته.

خمسة شهدوا على رجل بالزنا ورجم فرجع واحد

خمسة شهدوا على رجل بالزنا، ورُجِم، فرجع واحد، لا شيء عليه، وإن رجع الآخر، حُدَّا، وغُرِما رُبُع الدية؛ لأن المعتبر في الرجوع بقاء من بقي، لا رجوع مَنْ رجع.

فإذا رجع واحد من الخمسة، بقي بعد رجوعه مَنْ يثبت الحق بشهادتهم، فلا يغرَم الراجع.

وإن رجع آخر، بقي بعد رجوعهما مَنْ يثبت بهم ثلاثة أرباع الحق، وتحقق التَّلَف في الربع مضافًا إلى الرَّاجِعَيْن، فيَغْرَمان ذلك.

وإن رجع ثلاثة، غَرِموا نصف الدية؛ لأنه بقي بعد رجوعهم مَنْ يثبت بشهادتهم نصف الحق، بقي تلف النصف مضافًا إلى الرَّاجِعِيْنَ، فيغرَمون النصف، ويُحَدُّ الراجع؛ لانفساخ القضاء في حقه.

رجم بشهادة أربعة مزكين ثم ظهروا مجوسًا

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، وزكّاهم المُزَكِّي، ورُجِمَ، ثم ظهروا عبيدًا، أو مجوسًا، كانت الدية على المُزَكِّي في قول أبي حنيفة، وقال [١٢٨/ب] أبو يوسف ومحمد: الدية في بيت المال.

لهما: أنه ظهر تلف النفس بغير حق، وتعذَّر إيجاب الدية على الشهود؛ لأن شهادة العبيد ونحوهم لا يوجب القضاء بحال، فلا يكون إتلافًا، وتعذَّر إيجاب الدية على المُزَكِّي؛ لأنَّ المُزَكِّي أثنىٰ على الشهود خيرًا، ولم يتعرَّض للزنا، وإنما حصل التلف بقضاء القاضي[١] بالخطأ،

(١) في ب، د (بخطأ القاضي).

فيكون في بيت المال، والمُزكِّي هاهنا بمنزلة شهود الإحصان، وشهود الإحصان إذا رجعوا لا يضمنون؛ ولهذا لو قال المزكِّي: أخطأت في التزكية، لا يضمن بالإجماع، إنما الخلاف فيما إذا قال: علمت أنهم عبيد وتعمَّدت ذلك.

ولأبي حنيفة: أن الشهادة إنما تعتبر حجةً موجبةً للقضاء بالتزكية، فكانت التزكية في معنىٰ عِلَّةِ العِلَّة، والحكم كما يُضاف إلى العلة، يُضاف إلى علة العلة عند التعدي، وتعذُّرِ الإضافة إلى العلة، كما قلنا في حفر البئر، فإن علَّة السقوط ثقل النفس، إلَّا أن ثقل النفس إنما صار علةً بالحفر، فأضيف إلى الحفر، بخلاف شهود الإحصان؛ لأنهم أثبتوا خصالاً حميدةً، وسبب الحد الزنا، والخصال الحميدة مانعةٌ من الزنا، فلم يكن في معنىٰ علة العلة.

شهد أربعة بالزنا وقالوا: تعمّدنا النظر

(أربعة شهدوا على رجل بالزنا، وقالوا: تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ، جازت شهادتهم)؛ لأن النظر إلى موضع الزنا لإقامة الحسبة مباحٌ، أو مرخَّصٌ؛ إذ لا يمكنه تحمُّل الشهادة إلَّا بالنظر، ومباشرةُ المباح أو المرخَّص، لا يمنع قبول الشهادة.

***

بَابٌ
فِي الحَدِّ كَيْفَ يُقَامُ؟

لا يبلغ بالتعزير أربعين سَوْطًا

(**لا يبلغ بالتعزير أربعين سَوْطًا، وهو أشدُّ الضرب**)، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يبلغ ثمانين سوطًا، ثم في رواية عنه: يضرب إلى خمسة وسبعين سوطًا، وفي رواية إلى تسعة وسبعين سوطًا، وهو الصحيح، وهو قول زفر رحمه الله تعالىٰ.

والأصل فيه: قوله عليه الصلاة والسلام: «**من بلغ حدًّا في غير حَدٍّ، فهو من المعتدين**»[1]، فلا يبلغ بالحَدِّ في قولهم، بل ينقص، إلَّا أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: لا يبلغ بِحَدِّ الحر، بل ينقص عنه، وعندهما: ينقص عن حد العبيد بسوط، فلا يبلغ أربعين.

لأبي يوسف: أنه ذكر الحد مطلقًا، فينصرف إلى الكامل، وحد العبد ليس بحد كامل، بل هو نصف الحد.

وهما يقولان: بأن حد العبدُّ حد كاملٌ في نفسه؛ لأن الحدود لا تتجزأ، إلَّا أنه نصف حد الحر عند المقابلة، وبه لا يخرج من أن يكون حدًّا.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، وقال: «المحفوظ هذا الحديث المرسل» ٨/٣٢٧؛ «ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلاً»، كما في نصب الراية ٣/٣٥٤.

وما ذكرنا [في] أقصىٰ التعزير، وأدناه: يُفوَّض إلى رأي الإمام.

أسباب التعزير

وأسباب التعزير منقسمةٌ: إن كان مما يجب بها حد القذف عند الإحصان والشرائط، نحو أن يقول للذميّة، أو أم ولد الغير: أنت زانية، فإنه يُعزَّر أقصىٰ التعزير؛ لأنه قذفها بالزنا، ولم يجب به حد القذف؛ لعدم إحصان المقذوف، فيجب فيه أقصىٰ التعزير.

وإن كان مما لا يجب به حد القذف عند الإحصان، نحو أن يقول: يا سارق، أو يا خبيث، أو يا فاسق، يُعزَّر، ويكون مفوَّضًا إلى الإمام.

أشدُّ الضرب

(وأشد الضرب : ضرب التعزير)؛ لأنه شُرِع للزجر، وقد خفف من حيث العدد، فيغلظ من حيث الصفة.

ثم بعده: (ضرب الزاني، وهو أشد من ضرب الشارب)؛ لأن [حَدَّ الزنا] [1] ثبت بكتاب الله تعالىٰ، وحد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وحرمة الزنا أشدُّ؛ لأنه كان حرامًا في الأديان كلها، وشربُ الخمر كان مباحاً، ويُباح عند الضرورة، والزنا لا يُباح بحالٍ؛ ولهذا لو أُكْرِه بالقتل على الزنا، لا يُباح له الزنا، ولو أُكرِه على شرب الخمر، يحل له الشرب، ولو امتنع حتى قُتِل، يأثم، وشُرِع فيه الرجم، ولم يشرع ذلك في شرب الخمر.

(ثم ضرب الشارب، أشد من ضرب القاذف)، وإن كان حد القذف ثبت بكتاب الله تعالىٰ؛ لأن شرب الخمر جنايةٌ لا شبهة فيها، وربما يكون القاذف صادقًا فيما رماه، فلا تكون جنايةً، فيُخفَّف حَدُّه.

---

(١) في أ، ج (ضرب الزاني)، والمثبت من ب، د.

كيفيّة الضرب

(ويُضرَب في الحدود قائمًا مجرَّدًا غير ممدود، إلَّا القاذف، فإنه يضرب وعليه ثيابه، ويُنزَع عنه الفَرْوُ والحَشْو)؛ لأن في التجريد زيادة إيلام، ولا يبالغ في إيلام القاذف، وإنما يُنزَع عنه الفَرْوُ والحَشْو؛ لأنهما يمنعان من ألم الضرب.

ثم قال في «الكتاب»: غير ممدود، واختلفوا فيه، قال بعضهم: أراد به: أنه لا يرفع الضارب السوط فوق رأسه، وقال بعضهم: أراد به: مد السوط على المضروب بعد الضرب؛ لأنه زيادة على الحد، وقال بعضهم: أراد به: [١٢٩/أ] أنه لا يُمَدُّ بين العقابين؛ لأنه بدعةٌ، ولا يُربَط ولا يُمسَك، بل يترك قائمًا إلَّا أن يعجزهم، فيُشَدُّ.

ويضرب في الحدود الأعضاء كلها، إلَّا الوجه، والفرج، والرأس، وهو قول محمد، أما التفريق على الأعضاء؛ لما روي عن عمر، وعَلِيّ، وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم قالوا: يعطىٰ كل عضو حقّه من الضرب ما خلا الوجه، والفرج، والرأس؛ ولأن الضرب على موضع واحد عسىٰ يصير إتلافًا، ولا يضرب الوجه؛ لأنه مجمع المحاسن، والضرب عليه ربما يؤدي إلى المُثلة، ولا يُضرَب على الفرج رجلاً كان أو امرأة؛ لأن ذلك سبب الهلاك، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**اتقوا الوجه والمذاكير**»[١].

---

(١) قال الزيلعي: «غريب مرفوعًا، وروي موقوفًا على عَلِيّ أنه قال للجلَّاد: «أعط كل عضو حقَّه، واتَّق الوجه والمذاكير»، أخرجه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وسعيد بن منصور، والبيهقي، من طرق عن عَلِيٍّ». انظر: نصب الراية ٣/٣٢٤؛ والتلخيص الحبير ٤/٧٨.

ولا يُضرَب على الرأس في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والشافعي[١]: يُضرَب؛ لما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال للضارب: «**اضرب على الرأس، فإن الشيطان فيه**»[٢]؛ ولأبي حنيفة ومحمد: ما روينا في حديث عمر وابن مسعود رضي الله عنهم؛ ولأن الرأس مجمع الحواس، فالضرب عليه ربما يصير سببًا لفوات بعضها.

المرأة في إقامة الحد

(**والمرأة بمنزلة الرجل، إلَّا أنها تُضرَب قاعدةً عليها ثيابها**)؛ لأنها من قَرْنها إلى قدمها عورةٌ، فلو ضربت قائمةً، عسىٰ ينكشف بعض أعضائها، (**ويُنزَع عنها الفَرْو والحَشْو**)؛ لأنهما يمنعان [أثر الضرب] ووصول الألم.

(**ويُحفَر للمرجومة**)؛ لِمَا روي: «**أن عليًّا رضي الله عنه حفر لشراحة الهمدانية إلى السُّرَّةِ حين رجمها**»[٣]؛ ولأن فيه صيانتها عن الانكشاف، (**وإن لم يُحفَر لها، جاز**)؛ لما روي: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال لأنيس: «**أغد إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»[٤]، ولم يذكر الحفر؛ ولأن في الحفر زيادة تعذيب، فإن شاء حفر لها؛ صيانةً لها عن الانكشاف، وإن شاء ترك، (**ولا يُحفَر للرجل**)؛ لأن ماعزًا رضي الله عنه لم يُحفَر له؛ ولهذا هرب من أرض قليل الحجارة، إلى أرض كثير الحجارة.

---

(١) انظر: المهذب ٣٩٢/٥.

(٢) ذكره الرازي في التفسير الكبير ١٢٨/٢٣.

(٣) «أخرجه أحمد والبيهقي من حديث شراحة، عن الشعبي، عن عَلِيٍّ رضي الله عنه»، كما في نصب الراية ٣٢٥/٣.

(٤) أخرجه البخاري (٦٨٣٢)؛ ومسلم (١٦٩٧).

أربعة شهدوا بالزنا فأنكر الإحصان ورجلان شهدا بالإحصان

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأنكر الإحصان، فشهد عليه بالإحصان رجلان، أو رجل وامرأتان، رُجِم، وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: لا يُرجَم؛ لأن هذه شهادة قامت لإيجاب الرجم؛ لأنه لا يُرجَم إلَّا بعد ثبوت الإحصان، فكان الإحصان في معنىٰ علة العلة، والحكم كما يُضاف إلى العلة، يُضاف إلى علة العلة، فلا يثبت بهذه الشهادة.

ولنا: أن هذه شهادة قامت على النكاح، أو العتق، فتقبل، وقوله: لا يرجم إلَّا بعد ثبوت الإحصان، قلنا: بلىٰ، لكن لأنه شرطٌ، لا لأنه علَّةٌ؛ لما ذكرنا: أن الإحصان مانعٌ من الزنا، وما يكون مانعًا[1] لا يصلح علّةً.

وعلى هذا، إذا رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا؛ لأنهم ما أوجبوا علّة التلف، وعلى قول زفر رحمه الله: يضمنون نصف الدِّيَة؛ لأن عنده الرجم يُضاف إلى الأمرين.

---

(١) في ب، د (وما هو مانع من الزنا).

بَابُ
القَذْفِ

قذف امرأة معها ولد لا يعرف له أب

(رجل قذف امرأةً معها ولدٌ لا يُعرَف له أب، أو قذف امرأة نفي ولدها، فَلُوْعِن بينهما، أو قذف رجلاً وطأ جارية بينه وبين غيره)، أو جارية ابنه، أعلقها أو لم يعلقها، أو وطأ امرأةً بنكاح فاسد، أو وطأ أمةً تزوَّجها على حرة، أو المعتدة من طلاق بائن، أو ثلاث، أو وطأ أخته من الرضاع بحكم الملك، (أو قذف مسلمةً زنت في نصرانيتها، أو قذف مكاتبًا مات عن وفاء، لا يُحَدُّ)؛ لأن إحصان المقذوف شرطٌ لوجوب الحد على القاذف، ومن شرائط الإحصان: العفة عن الزنا، وقد انعدمت العفة.

أما المسألة الأولى؛ فلأن الولد الذي لا أب له، أمارة الزنا، وكذلك المسألة الثانية؛ لأنه لما لُوْعِنَ بينهما، انقطع نسب الولد عنه.

وفي الجارية المشتركة والنكاح الفاسد، فعله صادف محلاً غير مملوك، وفي جارية الابن الوطء حرامٌ عند الكل، والأخت من الرضاعة حرامٌ على التأبيد.

وأما المعتدة عن طلاق بائن، أو ثلاث؛ فلأن ملك النكاح قد بطل.

قذف مسلمة زنت في نصرانيتها

وأما المسلمة التي زنت في نصرانيتها، فقد وجد منها حقيقة الزنا.

وأما المكاتب الذي مات عن وفاء، فقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حرّيته، فنحن وإن أخذنا بقول من يقول: أنه مات حرًّا، فاختلاف الباقين أورث شبهةً في الحريّة، والحريّة شرطٌ.

وأما إذا تزوج أمةً على حرة، أو تزوج حرةً وأمةً في عقدة، ووطأ الأمة، لا يُحَدُّ قاذفُه؛ لأن نكاح الأمة فاسد.

[١٢٩/ب]

قذف رجلاً وطأ امرأته في حيض أو نفاس

(وإذا قذف رجلاً وطأ أمته المجوسية، أو وطأ امرأته في حيض، أو نفاس، أو إحرام، أو مكاتبةً له)، أو أمته التي زوَّجها، أو وطأ أمته المعتدَّة من الغير، أو امرأته التي ظاهر منها، أو وطأ أختين بملك اليمين، أو قذف امرأة لاعنها زوجها بغير ولد، أو قذف مجوسيًا وطأ أمّه بالنكاح، ثم أسلم، **(كان عليه الحد)**؛ لأنه قذف المحصن.

أما الذي وطأ امرأته في الحيض والنفاس، أو التي ظاهر منها، أو أمته المعتدَّة من الغير، أو أمته التي زوَّجها، أو وطأ أختين بملك اليمين؛ فلأنه وطأ في ملك نفسه، فلا يكون زانيًا؛ لقوله تعالىٰ: **﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾** [المؤمنون:٦]، وإنما منع عن الوطء بعارض على شرف الزوال، فلا يكون زنًا.

وكذلك وطء المكاتبة، وعن أبي يوسف: أن وطء المكاتبة يبطل الإحصان؛ لأنها زالت عن ملكه في حق [المتعة][١]، والتحقت بالحرائر؛ ولهذا يلزمه العُقر، ولو وطأها غيره بشبهة، كان العُقر للمكاتبة.

---

(١) في أ (الانتفاع)، وفي ب (المنفعة)، والمثبت من د.

وجه ظاهر الرواية: أن المكاتبةٌ مملوكة له من كل وجه، فلهذا لو أعتقها عن كفارة اليمين، جاز، لكن ثبت لها نوعُ يدٍ، فمنع من الوطء لأجل ذلك، وإنما يلزمه العُقر لها؛ لأن المنفعة المستوفاة بالوطء لها حكم الأجزاء[1]، وقد ثبت لها نوعُ يدٍ [على أجزائها]، ويجوز أن يكون ملك الإنسان مضموناً عليه إذا كان اليد لغيره، كالراهن إذا أتلف المرهون.

ولا يُقال: مجرد ملك اليد لا يكفي لوجوب العُقر، ألا ترىٰ أن الراهن إذا وطأ المرهونة لا يلزمه العُقر؛ لأنا نقول: يد المرتهن إنما لا تكفي لوجوب العقر؛ لأن يده يدُ استيفاءٍ، فتختصُّ بالمال، والمستوفىٰ بالوطء ليس بمال، فلم تظهر يد المرتهن عليه، أما يد المكاتبة يدُ حريَّةٍ، تظهر في المال وفيما دونه، فجاز أن يكفي لوجوب العُقر.

وذكر الكرخي رحمه الله تعالىٰ: أنه إذا وطأ أمته، وهي أخته من الرضاع، أو حرامٌ عليه بالمصاهرة، لا يسقط إحصانه، كما لو وطأ المكاتبة والأمة المجوسية.

والصحيح ما ذكر في الكتاب: لأن الحرمة المؤبَّدة تُنافي ملك المتعة؛ ولهذا قلنا: إنَّ الحرمة المُؤَبَّدَة إذا طرأت على ملك النكاح، تبطله، فلا يصح هذا الاعتبار.

وأما المرأة التي لُوْعِنَتْ بغير ولد، لم يوجد في حقها أمارة الزنا، بل وجد فيها ما يُؤَكِّد إحصانها؛ لأن اللعان في جانب الرجل قائمٌ مقامَ حد القذف، وإقامة الحد على القاذف يؤكِّد إحصان المقذوف.

---

(١) في د (الأحرار).

وأما المجوسي إذا وطأ أمَّه بنكاح، ثم أسلم، يُحَدُّ قاذفه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ولا يُحَدُّ في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن هذا النكاح له حكم الصحة فيما بينهم في قول أبي حنيفة، حتى يُقضىٰ عليه بالنفقة، ولا يُفرَّق بينهما، وعندهما: ليس له حكم الصحة؛ لأنه حرام عند الكل، وما كان مباحًا إلَّا في زمن آدم عليه الصلاة والسلام، وإنما لا يُفرَّق بينهما بطلب أحدهما عند محمد؛ لأنهما يعتقدان الصحة، واعتقادهم معتبر في حقهم، لا في [حق] حكم يلزم المسلمين، والحد أمرٌ يلزم المسلمين، فلا يعتبر اعتقادهم فيه.

ولأبي حنيفة: أن الكافر إذا اعتقد شيئًا، جاز أن يكون مشروعًا، فلا يتعرَّض له، كما في شرب الخمر؛ لأنا أُمِرْنَا أن نتركهم وما يَدِيْنون، إلَّا ما صار مستثنًى كأكل الربا، ونكاح المحارم ليس من جملة المستثنىٰ، فلا يتعرَّض لهم فيه، ولا يُفرَّق بينهما إلَّا إن طلبا، وإذا كان له حكم الصحة، لم يكن زانيًا.

وقولهما: فيه إيجاب حد القذف على المسلم باعتقادهم، ليس كذلك؛ لأن حد القذف إما يجب بقذفه، وقذفه فعله.

إن نظر إلى فرج امرأة بشهوة، ثم تزوَّج أمها

وإن نظر إلى فرج امرأة أو أمة عن شهوة، أو مَسَّها عن شهوة، ثم تزوج أمَّها، أو بنتها، أو اشتراها ووطأ، لا يبطل إحصانه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ويُحَدُّ قاذفه، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يُحَدُّ قاذفه.

لهما: أن هذا وطء صادف محلاً هو حرام على سبيل التأبيد، فيوجب سقوط الإحصان كالحرمة الثابتة بالوطء أو النكاح.

ولأبي حنيفة: أن هذه حرمة اختلف العلماء فيها، وليس فيها نصٌّ ظاهرٌ يوجب الحرمة، وإنما أثبتنا الحرمة؛ احتياطًا بإقامة الداعي إلى الوطء مقام الوطء، فلا يسقط إحصانه، بخلاف ما إذا زنىٰ بها أبوه؛ لأن فيها نصًّا ظاهرًا، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢].

لو اشترى أمة فوطأها، ثم استحقت

ولو اشترىٰ أمة فوطأها، ثم استحقت، لا يُحَدُّ قاذفه في قول محمد، وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية: يُحَدُّ، وهو قول أبي يوسف.

لمحمد: أنه وطأ وطئًا حرامًا، والجهل ليس بعذر، فبطل إحصانه، كما لو زنىٰ بامرأة على ظن أنها امرأته، أو زنىٰ بامرأة ولم يعلم أن الزنا حرام.

ولأبي يوسف: أن هذا وطأ لم يتعلق به الإثم، فكان بمنزلة الموجود في [١٣٠/أ] الملك.

رجل أقر بولد ثم نفاه

(رجل أقر بولد ثم نفاه، لَاعَنَ القاضي بينهما؛ لأنه نسبها إلى الزنا بنفي الولد)، وقذف الزوجة يوجب اللعان، والولد ولده؛ لأن نسب الولد ثبت بالإقرار السابق، فلا ينقطع باللعان، وليس من ضرورة اللعان انتفاء الولد.

إن نفاه أولاً ثم أقَرّ به

(وإن نفاه أولاً ثم أَقَرَّ به، فإنه يُحَدُّ حَدَّ القذف)، والولد ولده، أما ثبوت النَّسب؛ فلأنه أَقَرَّ بعد النفي، والإقرار بعد النفي صحيح، وأما وجوب حد القذف؛ فلأنه لما أقر بالولد، فقد أكذب نفسه، والملاعن إذا أكذب نفسه يُحَدُّ؛ لأن اللعان في حق الرجل بدلٌ عن حد القذف، وصِيْر إليه عند التكاذب، فإذا أكذب نفسه، يبطل اللعان، فيصار إلى الأصل.

إن قال: ليس بابني، ولا بابنك

(وإن قال: ليس بابني، ولا بابنك، فلا حد عليه ولا لعان)؛ لأنه أنكر الولادة، وإنكار الولادة ليس بقذف.

رجل قال لغيره: يا زاني فقال: لا بل أنت

(رجل قال لغيره: يا زاني، فقال: لا بل أنت، فإنهما يُحَدَّان حد القذف)؛ لأنَّ كل واحد منهما قَذَفَ صاحبه؛ لأن كلمة: «لا بل»، كلمة عطف، والعطف إذا لم يكن له خبر، يُجعَل خبر الأول خبرًا له، فيصير كأنه قال: لا بل أنت زاني.

قال لامرأته: يا زانية فقالت: لا بل أنت

(ولو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا بل أنت، حُدَّت المرأة، ولا لعان بينهما)؛ لأن كل واحد منهما قَذَف صاحبه؛ لِمَا قلنا، وقذف الرجل امرأته يوجب اللعان، وقذف المرأة زوجها يوجب الحد، ولا بد من تقديم أحدهما على الآخر، ولو قدمنا اللعان، لا يبطل حد القذف؛ لأن جريان اللعان بينهما لا يبطل إحصان الرجل، ولو قدمنا حد القذف على المرأة، يبطل اللعان؛ لأن اللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها؛ لأن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة، وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود، والحدود تُحْتال لدرئها، فكان تقديم الحد فيه إسقاط اللعان أولىٰ.

إن قال لها: يا زانية فقالت: زنيت بك

(وإن قال لها: يا زانية، فقالت: زنيتُ بك، لا حد ولا لعان)؛ لأن قولها: زنيت بك، محتمل، إن أرادت بذلك: أني زنيت بك قبل النكاح، حُدَّت المرأة، ولا لعان؛ لأنها أقرت بالزنا على نفسها، وإن أرادت بذلك: أني ما [مكَّنت أحدًا] غيرك، فإن كان ما فعلت بك في النكاح زنا، فهو زنا بك، لا يكون تصديقًا للزوج، فعلى هذا الاعتبار، يجب اللعان على الزوج، ولا يجب الحد على المرأة، ففي حال لا يجب الحد عليها، ، ويجب اللعان على الزوج، وفي حال يجب الحد عليها، ولا يجب اللعان [على الزوج]، فلا يجب على أحدهما بالشك.

قال لغيره في غضب: لست بابن فلان

(رجل قال لغيره في غضب: لستَ بابن فلان، لأبيه الذي يُدعىٰ إليه، فإنه يُحَدُّ، وإن كان في غير غضب، لا يُحَدّ)؛ لأن في حالة الغضب يراد به: القذف عادةً، وفي غير حالة الغضب يراد به: نفي المشابهة في الأخلاق.

لو قال: أنت ابن فلان لجده، أو عمه

(**ولو قال: أنت ابن فلان، لجده، أو عمه، أو خاله، أو لزوج أمه، لا يُحَدُّ**)؛ لأن الجد يُسمىٰ أبًا، وكذلك العم، قال الله تعالىٰ: ﴿**نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِۦمَ وَإِسْمَٰعِيلَ**﴾ [البقرة: ١٣٣]، وإسماعيل كان عمّه، وكذلك الخال يسمّىٰ أباً، والخالة تسمّىٰ أمًّا، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ**﴾ [يوسف: ١٠٠]، قيل: أنها كانت خالته.

وكذلك زوج الأم يسمّى أبًا بحكم التربية.

وإن نفاه عن الجد، فقال: لستَ بابن فلان، لا يُحَدُّ أيضًا؛ لأن الجد ليس بأبٍ له حقيقة.

قال لغيره: زنأت في الجبل

(**رجل قال لغيره: زنأت في الجبل، وقال: عنيت به: الصعود، حُدَّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: لا يُحَدُّ**)؛ لأن الزنأ بالهمزة: هو الصعود، قال لبيد:

وأرْقَ إلى الخيرات زَنْأً في الجبل(١)

أي: صعودًا، وإقامة كلمة «في» مقام كلمة «على» [جائز، قال تعالىٰ: ﴿**وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِى جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ**﴾ [طه: ٧١]، أي: على](٢).

ولهما: أنه يحتمل الصعود، ويحتمل الفاحشة؛ لأن من العرب من يذكر المهموز بدون الهمز، وغير المهموز [بالهمزة]، وحالة الغضب والسبب دليل على أنه أراد به الفاحشة؛ ولأنه لو أراد به الصعود، كان من حق الكلام أن يقول: زنأت الجبل، ولا يقول: زنأت في الجبل، فإذا ذكر كلمة «في»، تعين الفاحشة.

---

(١) كما في الصحاح (زنأ).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من د.

قال لرجل: يا زانية

ولو قال لرجل: يا زانية، يُحَدُّ في قول محمد، ولا يُحَدُّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لمحمد: أنه نسبه إلى الزنا على وجه المبالغة؛ لأن الهاء تستعمل للمبالغة؛ ولأنه نسبه إلى الزنا، إلَّا أنه أخطأ في الكلام، فيُحَدُّ، كما لو قال لامرأة: يا زاني.

ولهما: أنه وصفه بعلم الزنا؛ لأنَّ الهاء تستعمل لذلك، يقالُ: رجلٌ نسَّابةٌ، وعلامةٌ، ويراد به: المبالغة في العلم، فلا يكون قذفًا.

قال لمسلم: يا فاسق يا خبيث

(**وإذا قال لأمة إنسان، أو لأم ولد الغير: يا زانية، أو قال لمسلم: يا فاسق، [أو يا خبيث]، أو يا سارق، أو يا آكل الربا، أو يا شارب الخمر، أو يا ابن اليهودي، أو يا ابن النصراني، يُعَزَّرُ**)؛ لأنه رماه بما فيه شَيْن، وليس فيه حَدٌّ مُقدَّرٌ، وقد ذكرنا.

ولو قال: يا خنزير يا حمار

ولو قال: يا خنزير، أو يا حمار، لا يُعَزَّرُ؛ لأنه كاذب في كلامه، فلا يلحقه شَيْن، والحَدُّ والتَّعْزِيْرُ: إما يجب لدفع الشَين، فإذا انتفىٰ الشَين، لا [١٣٠/ب] يجب، كما لو كان القاذف صبيًّا أو مجنونًا، وإن رماه بما لا يجب به حد الزنا، لا [يجب به][1] حد القذف؛ لأن كتاب الله تعالىٰ نزل فيه: وهو المراد من الرمي المذكور في كتاب الله تعالىٰ.

رجل قذف أم عبد قد ماتت حرة

(**رجل قذف أم عبد قد ماتت حرةً، أو قذف أم نصراني ماتت مسلمةً، فلابنها أن يأخذه بحدها**)، وقال زفر: ليس له ذلك؛ لأن الحد إن وجب للأم، فحد القذف لا يورث، مع أن اختلاف الدين والرق يمنع الإرث؛ ولو كان شيئًا يجري فيه الإرث، ولا يجوز أن يجب ابتداءً للابن؛ لأنه ليس بِمُحْصَنٍ؛ ولهذا لو قذفه إنسان لا يُحَدُّ.

---

(١) في أ، د (لا يحد)، والمثبت من ب.

ولنا: أنه عَيَّرَهُ بقذف المُحْصَنَةِ، فيجب الحد، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الأم كانت محصنةً، وعارُ قذفها متصلٌ بولدها، فيصير الحي مقصودًا بهذا العار، وهذا العار إنما تعدى إليه من قِبَلِ الأُمِّ، فيتعدىٰ بالصفة التي كانت في الأم، ويصير في التقدير كأنه محصن.

(**ولو كان القاذف مولىٰ العبد، لا يُؤخَذ بحد**)، لم يكن للعبد أن يأخذ مولاه بحدها؛ لأن الثابت حق العبد، أو فيه حق العبد، والعبد لا يستوفي [الحق][1] من المولىٰ.

وكذا لو قذف أم ولده، وقد ماتت حرّةً مسلمةً، ولها منه ولدٌ مسلمٌ، لم يكن لولدها أن يأخذ أباه بحَدِّهَا، فإن كان لها ولدٌ من غيره، يأخذ ذلك الولد.

قذف ميتًا كان محصنًا

(**رجل قذف ميتًا كان محصنًا، يلزمه حد القذف، ولا يأخذه [بالحَدِّ] إلَّا الوالد والولد**).

أراد بالولد: الولد وولد الولد وإن سفل، وبالوالد: الأب والجد وإن علا؛ لأن الحد لا يجب للحَيِّ إرثًا له عن الميت؛ لأن حد القذف لا يورث عندنا، وإنما يجب للحَيِّ ابتداءً؛ لأن الإنسان كما يَتَعَيَّرُ بقذف نفسه، يتَعَيَّر بقذف مَنْ ينتسب إليه بجهة التعصيب، ويستوي فيه الوارث وغير الوارث؛ لما ذكرنا: أنه لا يستوجب الحد إرثًا، بل بطريق الأصالة من الوجه الذي ذكرنا.

رجل قذف رجلاً فمات المقذوف

(**رجل قذف رجلاً، فمات المقذوف، بطل الحد**) عندنا، وعند الشافعي لا يبطل، وكذلك لا يسقط بعفو المقذوف عندنا، وعنده: يسقط؛ بناءً على أن حد القذف حق الله تعالىٰ، أو الغالب فيه حق الله تعالىٰ، وعنده: حق العبد[2]، والمسألة معروفةٌ.

---

(١) في أ، د (الحد)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: المهذب ٤٠٩/٥، ٤١٠؛ الروضة ٣٢٥/٨.

وأجمعوا: على أنه لا يُقام إلَّا بطلب المقذوف، ويقيمه الإمام بعلمه الحاصل في حالة القضاء، كما يقضي بالقصاص، وفي غيرها من الحدود، لا يقضي بعلمه.

حربي دخل دارنا بأمان، فقذف مسلمًا

(حربي دخل دارنا بأمان، فقذف مسلمًا، حُدَّ حَدّ القذف)؛ لأنه التزم أن لا يُؤذي أحدًا منا، وقد آذىٰ، فيصير بمنزلة الذمي في حق هذا الحكم؛ دفعًا للضرر عن المسلمين.

ذمي قذف إنسانًا

(ذِمِّيٌّ قذف إنسانًا، فحُدّ، لا تقبل شهادته)[1]؛ لأن رَدَّ شهادة المحدود ثبت بنص عام لا يفصل بين المسلم والذمي.

(فإن أسلم بعد ذلك، جازت شهادته على أهل الإسلام والذمة)؛ لأنه بالإسلام استفاد شهادةً لم يلحقها الردُّ: وهي الشهادة على أهل الإسلام؛ لأنَّ هذه الشهادة لم تكن ثابتةً له وقت الرَّدِّ، فلا يلحقها الردُّ، وإذا جازت شهادته على المسلمين، جازت شهادته على أهل الذمة تبعًا.

وهذا بخلاف العبد إذا حُدَّ حَدّ القذف، ثم أُعتِق، لا تقبل شهادته؛ لأن العبد لم يكن له شهادةٌ وقتَ الحد، فيتوقف الرَّدُّ على حدوث الشهادة.

أما الذِّمِّي له شهادةٌ وقت الرد، فعمل الردُّ في إبطال تلك الشهادة، ولم يتوقف، فلا يعمل في شهادةٍ تحدُث بعد ذلك.

إن ضرب الذمي سوطًا في حَدٍّ، ثم أسلم

(وإن ضرب الذمي سوطًا في حَدٍّ، ثم أسلم، وضُرِب ما بقي، جازت شهادته) في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا ضُرب سوطًا في الإسلام، لا تجوز شهادته، وعنه في رواية: إذا ضُرب الأكثر في الإسلام، لا تقبل شهادته.

---

(١) وفي نسخة الجامع الصغير (مع النافع الكبير): (وإذا ضُرب ذِمِّي في قذف، لم تجز شهادته على أهل الذِّمَّة)، ص٢٩٢.

وجه ظاهر الرواية: أن رَدَّ الشهادة من تمام الحد، يثبت بعد إقامة الحد، وما ضُرب بعد الإسلام ليس بحد، فلا يترتَّب عليه ردُّ الشهادة.

رجل ادعىٰ على رجل قذفًا، وأقام على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس، وشهد الآخر أنه قذفه يوم الجمعة، أو اتفقا على اليوم، ثم اختلفا في المكان، جازت شهادتهما عند أبي حنيفة، خلافًا لهما.

رجل ادعى على رجل قذفًا، وأقام شاهدين، واختلفا في اليوم

ولو اختلفا في الإقرار والإنشاء، فشهد أحدهما أنه قذفه، وشهد الآخر على إقراره بالقذف، أو اختلفا في اللغة، لم تقبل شهادتهما في قولهم؟.

لو اختلفا في الإقرار والإنشاء فهذه خمس مسائل:

وهذه خمس مسائل لا بد من ذكرها، فنقول: المشهود به لا يخلو: إما أن كان فعلاً محضًا، كالغصب والجناية وما أشبه ذلك، أو قولاً لا يصح إلَّا [١٣١/أ] بفعل: وهو النكاح؛ لأن صحته يتعلق بحضرة الشهود، أو قولاً محضًا لا يتعلق بفعل: كالطلاق، والعتاق، والإجارة، والبيع، أو قولاً يتعلق تمامه بالفعل: وهو القرض، والصدقة، والهبة، والرهن، أو قولاً اختلفوا فيه أنه يلحق بالفعل أو بالقول: وهو القذف.

واختلاف الشهود على وجوه ثلاثة: إما أن اختلفا في المكان، أو في الزمان، أو في الإقرار والإنشاء.

اختلاف الشهود على وجوه ثلاثة

ففي الغضب والجناية، كل ذلك مانعٌ قبولَ الشهادة؛ لأن الفعل مما لا يُعاد ولا يُكرَّر، فالفعل في هذا الزمان أو في هذا المكان غير الفعل في مكان أو زمان آخر، فإذا اختلفا في المشهود به، لا تقبل شهادتهما، وكذلك إذا اختلفا في الإقرار والإنشاء؛ لأن الإنشاء فعل، والإقرار قول، فلم يتفق الشاهدان على شيء واحد.

النكاح بمنزلة الغصب والجناية

والنكاح بمنزلة الغصب والجناية، إذا اختلفا في الزمان، أو في المكان، أو في الإقرار والإنشاء، لم تقبل شهادتهما [في ذلك]؛ لأن صحته يتعلق بالفعل: وهو حضرة الشهود.

إذا شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس والآخر الجمعة

فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس، أو في السوق، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة، أو في البيت، فقد شهد كل واحد منهما على النكاح بحضرة شاهد واحد، فلا تقبل، حتى لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس بحضرة الشهود، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة بشهود، قيل: أنها تقبل؛ لأن كل واحد شهد على نكاح جائز.

لو شهد أحدهما أنه تزوجها بالفارسية والآخر بالعربية

ولو شهد أحدهما أنه تزوجها بالفارسية، وشهد الآخر أنه تزوجها بالعربية، جازت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على نكاح جائز.

لو ادعى النكاح، فشهد شاهدان على إقرارهما

ولو ادعىٰ النكاح، فشهد شاهدان على إقرارهما بالنكاح، جازت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على نكاح جائز، كما في الغصب.

اختلاف الشهود في الطلاق والبيع

وفي الطلاق، والعتاق، والبيع، والإجارة ونحوها، اختلاف الشهود في الزمان أو في المكان، أو في الإقرار والإنشاء، لا يمنع قبول الشهادة عندنا، خلافًا لزفر؛ لأن القول مما يُعاد ويُكرَّر، ويكون الثاني عين الأول، والإنشاء والإقرار فيه واحد.

والقرض ملحَقٌ بالبيع، ومن الناس من قال: القرض ملحَقٌ بالجناية؛ لأنه لا يتم إلَّا بالفعل، وهو القبض، والأصح: ما قال في الكتاب؛ لأن حكم القرض يثبت بقوله: أقرضتك، لا بتسليم المال، فإن تسليم المال بدون هذا القول يكون إيداعًا، وقوله: أقرضتك، كلام صيغة الإقرار والإنشاء فيه واحد، وقد يتحقق التسليم والقبض بقوله: أقرضتك، بأن كان بين يديه.

اختلاف الشهود في الهبة، والصدقة، والرهن

وفي الهبة والصدقة والرهن، إذا شهدا على الرهن والقبض، واختلفا في المكان أو في الزمان، تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تقبل؛ لأن القبض فعل، فلا يثبت إذا اختلفا في المكان أو في الزمان، ولهما: أن التسليم عسىٰ يتحقق بقوله: اقضبه، وذلك قول.

إذا اختلف الشاهدان في القذف

وفي القذف إذا اختلفا في المكان، أو في الزمان، جازت شهادتهما في قول أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه.

لهما: أنهما شهدا على قذفين مختلفين؛ لأن القذف في هذا المكان، أو الزمان، غير القذف في مكان أو زمان آخر حقيقةً، وفيما كان قولاً: كالبيع، والشراء، والطلاق، والعتاق ونحوها، الثاني غير الأول حقيقةً، ولكن جعلناه عين الأول؛ لأنه مما يُعاد ويُكرَّر، وقد مسّت الحاجة إلى جعله عينَ الأول حقيقة، وهي حاجة الإشهاد على ذلك، أما الحدود يُحتال لدَرْئها، فتعتبر فيها الحقيقة؛ ولهذا لو اختلفا في الإقرار والإنشاء، أو في اللغة، لم تقبل شهادتهما على القذف؛ لمكان الشبهة، وتقبل على البيع، والشراء، والطلاق ونحوها؛ لأنها تثبت مع الشبهات.

ولأبي حنيفة: أن حد القذف مشتملٌ على حق الله تعالىٰ، وحق العبد، وشبهة المغايرة من حيث الحقيقة فيما كان قولاً، لا تمنع قبول الشهادة فيما هو خالص حق العبد: كالبيع، والطلاق ونحوه، وفيما هو خالص حق الله تعالىٰ: كالحدود تمنع، فعملنا بهما وقلنا: إذا ثبت الاتحاد من وجهين، والمغايرة من وجه واحد: بأن اتفقا على لفظ واحد، والثاني عين الأول حكمًا، لا يمنع القبول؛ اعتبارًا لحق العبد، ومتىٰ تثبت المغايرة من وجهين: بأن اختلفا في اللفظ، والمغايرة من حيث الحقيقة ثابتة، لم تقبل؛ اعتبارًا لحق الله تعالىٰ.
[والله تعالىٰ أعلم].

بَابٌ
فِيْهِ مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ

[١٣١/ب]

رجل
قذف أو زنى، فحُدَّ

(رجل قذف، أو زنىٰ، [أو سرق]، أو شرب غير مرّة، فحُد، فهو لذلك كلّه).

أما في الحدود الخالصة لله تعالىٰ: كحد الزنا، أو الشرب، يجري فيه التداخل؛ لأنها شرعت للزجر، وربما يحصل الزجر بالمرة الواحدة، فلا تشرع الزيادة عند احتمال انعدام الفائدة.

وأما حد القذف، فكذلك عندنا، وقال الشافعي: إذا قذف جماعة، أو قذف رجلاً مرتين بزنائين مختلفين، لا يكتفىٰ بالواحدة[1]، وهذا بناءً على أن حد القذف عندنا حق الله أو الغالب فيه حق الله، وعنده: حق العبد، والمسألة في المختلف.

إن سرق سرقات مختلفة
فخاصمه أحدهم

(وإن سرق سرقات مختلفة، فخاصمه أحدهم، فقطعت يده، قال أبو حنيفة: هو قطع للسرقات كلها، ولا يضمن شيئًا)، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الكل، إلَّا التي قطع فيها.

لهما: أن القطع لا يستوفىٰ إلَّا بالخصومة، فلا يقع القطع عمن لم يخاصم؛ ولأن القطع يتضمن البراءة عن ضمان السرقة، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصًا، لا يبرأ، فكذلك دلالة، فيجب عليه ضمان الباقي، سواء قطعت يده بإقراره، أو بالبينة.

---

(١) «وفي الجديد: يجب لكل واحد منهم حَدٌّ، وهو الصحيح»، كما في المهذب ٥/ ٤١٢.

ولأبي حنيفة: أن القطع خالص حق الله تعالىٰ، وإنما يشترط الدعوىٰ؛ لظهور السرقة، وتوجه التكليف بالإقامة، فإذا ظهرت السرقة بخصومة الواحد بالبينة أو بالإقرار، وحقوق الشرع يجري فيه التداخل، يقع القطع عن الكل، كما لو خاصمه الكل، وإذا وقع القطع عن الكل، برئ عن ضمان الكل؛ لأنهما لا يجتمعان.

رجلان أَقَرَّا بسرقة مئة درهم، ثم قال أحدهما: هو مالي

(**رجلان أَقَرَّا بسرقة مئة درهم، ثم قال أحدهما: هو مالي، لم يقطعا**)؛ لأنهما أقرا بسرقة واحدة، فإذا تمكنت الشبهة في [حق] أحدهما، تتمكن في حق الآخر، أكبر ما في الباب: أن هذا رجوع عن الإقرار، لكن الرجوع صحيح في حق القطع؛ لأنه يحتال لدرئها.

رجلان سرقا شيئًا وغاب أحدهما، وشهد شاهدان على الحاضر

(**رجلان سرقا شيئًا، وغاب أحدهما، وشهد شاهدان [على الحاضر] بسرقتهما، قطع الحاضر في قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول أبي يوسف ومحمد**)، وكان أبو حنيفة أولاً يقول: لا يقطع الحاضر؛ لأنه ربما يسقط القطع عن الغائب بشبهة، فيتعدىٰ إلى الحاضر، ثم رجع وقال: يقطع الحاضر؛ لأن سرقة الحاضر قد ثبتت، واعتبار حضرة الآخر [اعتبار] شبهة الشبهة، على ما مرّ، فلا يعتبر، [هكذا ذكر هاهنا]، وذكر في «المبسوط»: رجل قال: سرقت أنا وفلان كذا من هذا الرجل، ومن هذا الرجل كذا[1]، وفلان غائب.

رجل سرق ثوبًا قد قُطِعَ فيه

(**رجل سرق ثوبًا قد قُطِعَ فيه، لم يقطع [ثانيًا]**)، وقال الشافعي: يقطع، (**فإن سرق ثوبًا قد قطع في غزله، يقطع**).

وصورته: سرق غزلاً، فقطع فيه، ورَدَّ الغزل على المالك، فنسج منه ثوبًا، ثم سرقه السارق، يقطع بالاتفاق، وكذلك إذا زنىٰ بامرأة فحُدَّ، ثم زنىٰ بها مرَّة أخرىٰ، يُحَدُّ عند الكل، والمسألة معروفة.

---

(١) في د (... من هذا الرجل كذا، والآخر غائب).

حاكم قال للحَدَّاد: اقطع يمين هذا في سرقة، فقطع يساره

(حاكم قال للحَدَّاد: اقطع يمين هذا في سرقة، فقطع يساره عمدًا، لا شيء عليه، وقال أبو يوسف ومحمد: إن قطع خطأً فكذلك، وإن قطع عمدًا، يضمن دية اليسار).

وأجمعوا: على أنه لو قال [له] الحداد: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطع لا شيء عليه.

لهما: أنه تعمد الظلم، فلا يعذر، كالقاضي إذا تعمد الجور في حادثة.

ولأبي حنيفة: أنه أتلف وأخلف خيرًا له؛ لأن اليمين خير من اليسار، فلا يضمن، كالشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع عبد يساوي ألفًا بألفين، ثم رجعا، لا يضمنان.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: لو قال الحاكم للحداد: اقطع يده، فقطع يساره، لا يضمن، ولو قال: اقطع يمينه، فقطع يساره، كان عليه القصاص.

عبد محجور أقر بسرقة عشرة دراهم بعينها وقال المولى: هي لي

(عبد محجور[1] أقر بسرقة عشرة دراهم بعينها، وقال المولىٰ: هي لي، تقطع يده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ويدفع المال إلى المسروق منه، وقال أبو يوسف: تقطع يده، والمال للمولىٰ، وقال محمد وزفر: لا تقطع يده، والمال للمولىٰ).

لمحمد وزفر: أن نفس العبد وما في يده لمولاه، فلا يصح إقراره على المولىٰ.

ولأبي يوسف: أن العبد في القطع مبقي على الحرية، فصحّ إقراره بالقطع، ولا يصح بالمال؛ لأنه يرجع إلى المولىٰ.

---

(١) في ب زيادة (عليه).

ولأبي حنيفة ما قال أبو يوسف: أن العبد في القطع مبقي على الحرية، فيصح إقراره بالقطع، كما لو أقر على نفسه بالقصاص، وحال بقاء السرقة، القطع أصل، والمال تبع، ألا ترىٰ أنه يبطل عصمة المال إذا قطع اليد، ويستوفىٰ القطع بعد هلاك المال، فيصح إقراره بالقطع، وإذا صح إقراره بالقطع ومن ضرورته أن لا يكون المال للمولىٰ، فيدفع المال إلى المسروق منه.

ولو أقر العبد المحجور بسرقة عشرة دراهم مستهلكة، يقطع في قولهم؛ لأن ضمان سرقة العبد المحجور عليه لا يكون في مال المولىٰ، فتمحّض إقرارًا على نفسه.

[١٣٢/أ] والعبد المأذون إذا أقر بسرقة على نفسه بمال قائم أو مستهلك، يقطع عند الكل؛ لأن المأذون يملك الإقرار بالمال؛ لأن الإقرار من التجارة، وإذا صَحَّ إقراره بالمال، ظهرت السرقة، فيقطع.

رجل قضي عليه بالقطع في سرقة فوهبت له السرقة

(**رجل قضي عليه بالقطع في سرقة، فوهبت له السرقة، لم يقطع**)، وقال الشافعي: يقطع[1]، وإن وهبت له قبل أن يرفع الأمر إلى الإمام، لم يقطع بالاتفاق، والمسألة معروفة.

رجل سرق من أمه من الرضاع

(**رجل سرق من أمه من الرضاع، أو من امرأة حرمت عليه بالمصاهرة، قطع**)؛ لأن حرمة المناكحة من غير أن يوجب حقًّا في المال، لا تحل بالحرز، وعن أبي يوسف: أنه إذا سرق من أخته من الرضاع، قطع، وإن سرق من أمه من الرضاع، لا يقطع، والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن الرضاع لا يوجب حقًّا في المال؛ ولهذا لا يوجب الإرث، فلا يكون له حق الأخذ، ولو سرق من بيت أمه من الزنا، لا يقطع؛ لأن البَعْضِيَّة ثابتة، وكذلك الميراث، فلم يكن حرزًا.

---

(١) انظر: المهذب ٤٤١/٥؛ الروضة ١١٤/١٠.

رجل خنق رجلاً فقتله

(رجل خنق رجلاً فقتله، لا يقتل، ولكن تجب الدية على عاقلته) في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقتل، وهو والمثقل سواء.

إن خنق في المصر غير مرة

(وإن خنق في المصر غير مرة، قتل عند الكل)، لكن عند أبي حنيفة بطريق السياسة؛ لأنه شاع على الأرض بالفساد، وعندهما: يقتل قصاصًا، وإن اعتاد ذلك في غير المصر، فكذلك، وفي هذا المصر وغير المصر سواء، وإنما ذكر المصر؛ ليبين أن السعي بالفساد كما يكون في غير المصر، يكون في المصر أيضًا. [والله تعالىٰ أعلم].

كِتَابُ السَّرِقَةِ

رجل سرق طيرًا يساوي عشرة، أو صيدًا أو فاكهة تفسد، أو لحمًا

(**رجل سرق طيرًا يساوي عشرة دراهم، أو صيدًا، أو فاكهة تفسد، أو لحمًا**)، أو خشبًا غير السَّاجِ، أو زَرْنِيْخًا، أو نَوْرَةً، أو مَغَرَّةً، أو شَرَابًا، أو أبواب المسجد، أو طَبْلاً، أو بَرْبَطًا، (**لم يقطع**)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا قطع في الطير**»[١]؛ ولأن في الحرز خللاً؛ لأن الطير يطير، والصيد يفر، بريًّا كان أو بحريًّا.

وكذلك في إحراز الفاكهة أيضًا خلل، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**لا قطع في ثمر ولا كثر**»[٢]، واختلفوا في تفسير الكثير: قال بعضهم: هي النخل الصغار، وقال بعضهم: جُمَّار النَّخْل.

وكذلك في إحراز اللحم، وكل ما يتسارع إليه الفساد، خلل؛ لأن الإحراز صيانة الشيء وادخاره إلى وقت الحاجة، وما يتسارع إليه الفساد لا يقبل ذلك، وقال الشافعي: يقطع[٣]؛ لأنه سرق نصابًا كاملاً من حرز كامل، وحجّتنا ما ذكرنا.

---

(١) قال الزيلعي: «غريب مرفوعًا، ورواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما موقوفًا على عثمان»، نصب الراية ٣/٣٦٠.

(٢) أخرجه مالك في الموطَّأ (١٥٢٨)؛ وأبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٤)؛ وأحمد في المسند ٣/٤٦٣.

(٣) انظر: العزيز في شرح الوجيز ٩/١٨١.

وأمَّا الزَّرْنِيْخ، والمَغرَّة، والمِلْح، والجَصّ، والزُّجَاج الذي لم يكن معمولاً، والخشب الذي هو غير السَّاج؛ فلأن قليل هذه الأشياء لا يبلغ نصابًا، وكثيره لا يسرق عادة؛ لأنه يحتاج إلى الحمل وغير ذلك.

والشراب لا يبقىٰ سنة، بل يتغير ويفسد إن لم يكن مُسْكِرًا، وإن كان مسكرًا، فمن المسكرات ما ليس بمال عند الكل، ومنها: ما ليس بمال عند البعض، فلا يخلو شيء منها عن نوع شبهة، حتى لو كان شرابًا يجوز بيعه وشراؤه وشربه عند العامة، ولا يتغير، ولا يسكر، يقطع.

ويقطع في الخَلِّ والدِّبْسِ وسائر الأدْهَان

ويقطع في الخَلِّ، والدِّبْسِ، وسائر الأدْهَان؛ لأنها مال متقوم يقبل الإحراز والادّخار.

أبواب المسجد غير محرزة

وأبواب المسجد غير محرزة؛ لأن دخول المسجد للصلاة جائز، فأورث ذلك شبهة، والبَربط والطَّبْل، فأخذها للكسر مباح، فكان متأولاً في الأخذ، فلم يتمَحَّضْ جناية، وكذلك الشِّطْرَنْج والصَّلِيْب من الذهب والفضة؛ لأنه يجوز أخذه للكسر، ويضمن مثل وزنه ذهبًا.

وإن سرق دراهم عليها تماثيل، قطع؛ لأنها لا تعد للعبادة واللهو.

إن سرق مصحفًا مُفَضَّضًا

وإن سرق مصحفًا مُفَضَّضًا أو غير مُفَضَّض، لا يقطع، وعن أبي يوسف: أنه يقطع؛ لأنه مال متقوم محرز، وجه ظاهر الرواية: أنه لا يحرز للمالية، وإنما يحرز للقراءة، وما عليه من الفضة تبع له، فلم يكن حرزًا من كل وجه.

إن سرق من خشب السّاج ما يساوي عشرة

(وإن سرق من خشب السَّاج ما يساوي عشرة دراهم، يقطع)؛ لأنه أعز الخشب بالعراق، وقليله يبلغ نصابًا، **(وإن سرق بابًا من أي خشب كان، يقطع)**، وكذا المشارب، والقِصاع، ونحو ذلك؛ لأنها بحكم الصنعة صارت من الأموال المحرزة، وقليلها يبلغ نصابًا، هذا إذا كان الباب في الحرز.

وإن كان منصوبًا على الحائط خارج الدار، لا يقطع؛ لأنه غير محرز؛ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال، ويصير المال به مَخْفِيًّا.

وفي الحُصُر، إن كان من القَصَب، لا يقطع؛ لأن قليله لا يبلغ نصابًا، وكثيره لا يسرق عادة؛ لأنه يحتاج إلى الحمل، ويقطع في الحُصُر البغدادية؛ لأنه من أعز الأموال، وقليله يبلغ نصابًا.

وعن محمد: أنَّه لا يقطع في العَاج، إلَّا إذا كان معمولاً، وقيل: لا يقطع في المعمول أيضًا؛ لمكان الاختلاف في ماليته.

لو سرق من الفصوص أو الياقوت، واللؤلؤ

(**ولو سرق من الفُصُوْص الخضر، أو اليَاقُوْت، واللُّؤْلُؤ، والزَّبَرْجَد، يقطع**)؛ لأنها من أعز الأموال، وعن محمد: أنَّه لا يقطع في اللؤلؤ والياقوت؛ لأنه يؤخذ مباحًا، وهذا ليس بصحيح.

[١٣٢/ب]

رجل له على رجل عشرة دراهم، فسرق منه مثلها

(**رجل له على رجل عشرة دراهم، فسرق منه مثلها، لا يقطع**)؛ لأنه ظفر بجنس حقّه، فكان له أن يأخذها إذا كان الدين حالاً، فإن كان مؤجلاً: القياس: أن يقطع؛ لأنه لا يباح له الأخذ، وفي الاستحسان: لا يقطع؛ لأن سبب حق الأخذ موجود، فيورث شبهة، (**وإن سرق منه عَرَضًا، قطع**).

إذا سرق عَرَضًا، ثم قال: أخذت لأجل حقي

وفي كتاب السرقة: إذا سرق عَرَضًا، ثم قال: أخذت لأجل حقي، والدين حَالٌّ، لا يقطع؛ لأن من العلماء من قال: له [أن يأخذ بحقِّه][1] من خلاف جنسه، فأورث ذلك شبهة.

---

(١) في أ (حق الأخذ)، والمثبت من ب، د.

رجل سرق شيئًا فردّها إلى دار مالكها قبل الرفع إلى الإمام

(رجل سرق شيئًا فردّها إلى دار مالكها قبل أن يرفع إلى الإمام، لا يقطع)؛ لأنَّ الدعوىٰ شرط لظهور السرقة، ولم يبق له حق الدعوىٰ، وقال ابن أبي ليلىٰ: يقطع؛ لأن عنده لا يشترط الدعوىٰ لظهور السرقة، فإن رد السرقة بعدما قضي عليه بالقطع، يقطع؛ لأن السرقة قد ظهرت، فلا يحتاج إلى الخصومة بعد ذلك، فإن رُفِعَ إلى الحاكم فأَقَرَّ بالسرقة والمال في يده، فإنه يقطع، ويُرَدُّ المال على المالك؛ لأنه عين ماله.

لا يقطع في أقل من عشرة دراهم

(ولا يقطع في أقل من عشرة دراهم)[1]، ومن الناس من قال: يقطع قَلَّ المال أو كَثُرَ، وقال الشافعي: لا يقطع في أقل من ربع دينار[2]، واحتج في ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، إلَّا أن سارق ما دون الربع خص بدليل، فبقي سارق الربع داخلاً.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا قطع في أقل من عشرة دراهم**»[3]؛ لأن القطع شرع للزجر، ولا يرغب في القليل رغبة تحمله على السرقة، وما دون العشرة قليل، حتى لا يصلح مهرًا، فلا يقطع فيه؛ ولهذا يعتبر العشرة بوزن سبعة؛ لأن مطلق الدراهم ينصرف إليها، وكذلك الدية والزكاة.

مضروبة كانت أو غير مضروبة، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر عشرة دراهم مضروبة، أو ما يساوي عشرة دراهم مضروبة؛ لأن التِّبْر أنقص من المضروب.

---

(١) «والدرهم: قطعة نقديَّة من الفضَّة، وزنها: ٦دوانق = ٤٨حبَّة = ٢,٩٧٦غرامًا»، «والدرهم البغلي = ٣,٧٧٦ غرامًا». معجم لغة الفقهاء (الدرهم).

(٢) انظر: المهذب ٥/٤٢٠؛ «والدينار: نوع من النقود الذهبية، زِنَة الواحد منها: عشرين قيراطًا = ٧٢حبَّة = ٤,٢٥غرامًا»، معجم لغة الفقهاء (الدينار).

(٣) قال الترمذي: «ورُوي عن عَلِيٍّ أنه قال: (لا قطع في أقل من عشرة دراهم)، وليس إسناده بمتَّصل» (١٤٤٦).

ولأبي حنيفة: أن ما يتعلق بالدراهم يستوي فيه المضروب وغير المضروب، كما في الدية والزكاة.

إذا أَقَرَّ السارق بالسَّرقة مرَّة واحدة

(**إذا أَقَرَّ السارق [بالسَّرقة] مرَّة واحدة، يقطع، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: لا يقطع ما لم يقر مرتين**)؛ لأن القطع حق الله تعالىٰ، فلا يثبت بالإقرار مرَّة واحدة، ويعتبر فيه العدد؛ ليكون كل إقرار قائمًا مقام شاهد، كما في حَدِّ الزنا.

ولهما: ما رُوي: «**أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بالقطع بالإقرار مرّة واحدة**»[1]؛ ولأن الشرط ظهور السرقة، وقد ظهرت؛ لأنه لا يقر على نفسه كاذبًا، وكان القياس في الزنا كذلك، وإنما تركنا القياس بالنص، ولا نص هاهنا.

إذا سرق من ذَوِي الرَّحِم المَحْرَم

(**إذا سرق من ذَوِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، لا يقطع**)؛ لأنه يدخل من غير استئذان وحشمة، فلا يكون حرزًا في حقه.

رجل سرق وإبهام السارق من اليسار مقطوعة

(**رجل سرق وإبهام السارق من اليسار مقطوعة أو شَلَّاء، أو إصبعان سوىٰ الإبهام، لم يقطع، وإن كانت إصبعًا واحدة سوىٰ الإبهام، قطع**)؛ لأن قِوَام الأصابع بالإبهام، فكان فواته كفوات الأصابع.

وكذلك الإصبعان غير الإبهام، ينزلان منزلة الإبهام في حق البطش، بخلاف الإصبع الواحدة غير الإبهام، فإن بفواتها لا تختل منفعة البطش زيادة خلل، وهذا عندنا.

---

(١) نحو ما رُوي في حديث المِجَن، ورداء صفوان: أن النبيَّ صلَّىٰ الله عليه وسلَّم قطع، ولم ينقل في ذلك تكرير الإقرار. انظر: نيل الأوطار ص١٤٢٠.

وقال الشافعي: يقطع يمين السارق وإن كانت اليسرىٰ مقطوعة[١]، والمسألة معروفة.

جعل فوات الأصبعين مانعًا من القطع، كفوات الكل، وفي باب الكفارة، لم يجعل فوات الأصبعين كفوات الكل، حتى لم يجعل فوات الإصبعين مانعًا جواز التكفير به، وإنما جعل فوات الأكثر مانعًا؛ لأن الحدود يحتال لدرئها، ولا كذلك الكفارة؛ لأنها عبادة، فيحتاط في إثباتها.

السارق إذا دخل الدار وأخذ المتاع، ولم يخرج حتى أخذ

(**السارق إذا دخل الدار وأخذ المتاع، ولم يخرج حتى أُخذ، لم يقطع**)؛ لأن المتاع ما دام في الدار، كان في يد المالك من وجه؛ لأن الدار في يده، [فلم] يتم ركن السرقة، فلا يقطع.

لو غصب من إنسان شيئًا ولم يخرجه من الدار حتى هلك في يده

ولو غصب من إنسان شيئًا ولم يخرجه من دار المالك، حتى هلك في يده، فقد قال بعض أصحابنا: أنه لا يضمن؛ لِمَا قلنا في القطع، والأصح: أنه يضمن؛ لأن الشرع أوجب الضمان بالأخذ، وقد وجد، فلو ثبت النقصان من هذا الوجه، فالنقصان يتحمل في الضمان، ولا يتحمل في القطع؛ لأنه يحتال لسقوطه.

إن كان في الدار مقاصير، فأخذ المتاع من مقصورة وأخرجها

(فإن كان في الدار مقاصير، لكل مقصورة ساكن على حدة، فأخذ المتاع من مقصورة وأخرجها إلى[٢] الدار، فأُخِذَ السارق، قطع، وكذا لو أغار وأخذ من أهل هذه المقاصير على البعض، وسرق منها، وأخرجها إلى الدار [قطع])؛ لأن كل مقصورة بمنزلة دار على حدة، وصحن الدار بمنزلة السكة، قالوا: هذا في الدار العظيمة، فيستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار، وإنما ينتفعون بالصحن انتفاع السكة، نحو دار عتاب، ودار بكار. [١٣٣/أ]

---

(١) انظر: المهذب ٤٤٥/٥؛ العزيز في شرح الوجيز ٣٠٤/١٩ وما بعدها.

(٢) في ب (وسط الدار).

أما إذا كان دونها، بحيث لا يستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار، بل ينتفعون بها انتفاع المنازل، فهي بمنزلة دار واحدة، فلا يقطع.

دخل الدار، وأخذ المتاع، ورماه خارج الباب، ثم خرج

(**وإن دخل الدار، وأخذ المتاع، فلما انتهىٰ إلى الباب رماه خارج الباب، ثم خرج وأخذ، قطع**)؛ لأن السرقة على هذا الوجه معتاد، وربما لا يمكنه الخروج مع المتاع، فيقدم المتاع ليمكنه دفع صاحب المال إن احتاج إليه، وإن رماه خارج الدار ثم خرج ولم يأخذ المال، لم يقطع؛ لأنه لما ترك المال، عُلِمَ أن قصده التضييع دون السرقة.

إن ناول صاحباً له المتاع

(**وإن ناول صاحباً له، لم يقطع واحد منهما**)؛ لأنه لم تتم السرقة من كل واحد منهما، أما الداخل؛ فلأنه لم يوجد منه إخراج المال من الحرز، وأما الخارج، فلأنه لم يوجد منه هتك الحرز.

وعن أبي يوسف: أنه فصّل الجواب، فقال: إن أدخل الخارج يده في الدار، فناوله صاحبه في الدار، قطع الخارج، وإن أخرج الداخل يده في الدار، فناوله صاحبه خارج الدار، قطع الداخل.

والخلاف فيه بناءً على مسألة أخرىٰ: أن السارق إذا أدخل يده في الثَّقْبِ، وأخذ المتاع من الحرز، ولم يدخل، لا يقطع، وعن أبي يوسف: أنه يقطع؛ لأنه أخرج المال من الحرز، فيقطع، كما لو شق الجوالق.

وجه ظاهر الرواية: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: (**إذا كان اللص ظريفًا، لا يقطع**)[1]، وفسَّر الظرافة بما قلنا؛ ولأن القطع يحتال لدرئه، فلا يقطع إلَّا بهتك الحرز بأقصىٰ الإمْكان، وذلك بالدخول فيه إن كان يحتمل الدخول، بخلاف الجوالق والتابوت[2]؛ لأنه لا يحتمل الدخول، فيكتفىٰ بأخذ المال منه.

(١) أورده المناوي في فيض القدير من قول عمر رضي الله عنه ١/٤٩؛ ونحوه الجزري في النهاية في غريب الأثر ٣/١٥٧.

(٢) في ب (والصندوق).

وإن وضع الداخل المتاع في الدار عند الثَّقْب، ثم خرج وأخذ المال، لم يذكر هذا في الكتاب، واختلفوا فيه، والصحيح: أنه لا يقطع.

ولو كان في البيت نهر جاري، فرمىٰ بالمتاع في النهر حتى أخرجه الماء، ثم خرج وأخذ المتاع، لم يذكر في الكتاب، واختلفوا فيه، والصحيح: أنه يقطع.

رجل سرق من إبل قيام عليها أحمالها، أو تسير

رجل سرق من إبل قيام عليها أحمالها، أو تسير، إنْ شَقَّ الجوالق وأدخل يده واخذ المتاع، قطع، وإن سرق الجوالق بما فيها لم يقطع؛ لأن في الصورة الأولىٰ: أخذ المال من الحرز؛ لأن الجوالق حرز؛ لأنها تعد لصيانة المال، أما ظهر الدابة ليس بحرز، إنما هي للحمل والنقل، لا للصيانة، فأخذ المال عن ظهر الدابة لا يكون هتكًا للحرز [وأخذًا للمال منه].

وهكذا لو سرق تابوتًا فيه متاع كثير، لا يقطع، وإن كسر التابوت وأدخل يده فيه، وأخذ المال، قطع.

إن كان الجوالق موضوعًا على الأرض في الصحراء، وصاحبه يحفظه

(وإن كان الجوالق موضوعًا على الأرض في الصحراء، أو في المسجد، وصاحبه يحفظه، أو نائم عليه، فسرق الجوالق، قطع)؛ لأنه سرق من الحرز؛ لأن الحفظ والإحراز في المفاوز، وفي غير الحرز يكون بالحافظ، وهذا إذا كانت الجوالق تحت جنبه، أو تحت رأسه.

فإن كانت موضوعة بين يديه وهو نائم، اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يقطع؛ لأن النائم بمنزلة الغائب لا يتأتىٰ منه الحفظ، والصحيح: أنه يقطع؛ لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد، لا الإحراز بأقصىٰ الوسع، وهذا ما يعد إحرازًا عند الناس، ألا ترىٰ أنه لو كان مودعًا أو مستعيرًا، لا يضمن، ولو كان ذلك تضييعًا كان ضامنًا.

فعلىٰ هذا لوكان مع الأجمال في المسألة الأولى من يحفظها، يقطع، بخلاف السائق والقائد؛ لأنهما يمشيان لسير الدَّابَّة، لا للحفظ.

لو سرق من حَمَّام أو سفينة، ومالكه فيه

ولو سرق من حَمَّام أو سفينة، ومالكه فيه، لا يقطع؛ لأن السفينة والحمام حرز في نفسه؛ لأن الحرز ما يبنىٰ لحفظ الأمتعة، والحمام والسفينة تعد وتبنىٰ لحفظ الأمتعة، وإن كان ينتفع به بوجه آخر، والحرز بالحافظ إنما يعتبر فيما لا يكون محرزًا بالمكان؛ لأن الحرز بالمكان فوق الحرز بالحافظ؛ لأن الحرز حقيقة: ما يمنع وصول اليد إلى المال، ويصير المال به مخفيًّا[1]، [والحرز بالحافظ] إن كان يمنع وصول اليد إلى المال، [لكن] لا يصير المال به مخفيًّا[1]، وبالمكان يحصل ذلك، فكان الحرز بالحافظ دون الحرز بالمكان، فيكون بمنزلة البدل عنه، فلا يعتبر حال وجود الأصل.

والحَمَّام حرز؛ ولهذا لو سرق منه في وقت لا يؤذن بالدخول فيه، يقطع، فلا يعتبر فيه الحرز [بالحافظ]، فصار الحافظ وجوده وعدمه سواء، ولو انعدم حقيقة، لا يقطع؛ لأنه يثبت الإذن بالدخول، فلا يكون هاتكًا للحرز.

لو سرق حيوانًا من المرعى

[١٣٣/ب]

ولو سرق حيوانًا من المرعىٰ، لا يقطع وإن كان الراعي معها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا قطع في حريسة الجبل**»[2]؛ ولأن الحيوان إنما يترك في المرعىٰ [لأجل الرعي]، لا لأجل الحفظ، والراعي بمنزلة السائق والقائد.

---

(١) في د (محصنًا) في الموضعين.

(٢) أخرجه النسائي من حديث عمرو بن شعيب في حديث طويل (٤٩٥٨)؛ والطحاوي في مشكل الآثار ١٢/ ٢٨٨؛ والطبراني في الأوسط ٥/ ٢٤٥؛ سنن الدارقطني ٤/ ٢٣٦؛ المستدرك ٤/ ٤٢٣.

الطرار إذا طر صرة خارجة من الكم

(الطَّرّار إذا طَرَّ صُرَّةً خارجة من الكم، لم يقطع، وإن أدخل يده في الكم وأخرجه، قطع)، وهذه المسألة على وجهين: إما أن كانت الدراهم مصرورة في داخل الكم: بأن وضع الدراهم على خارج الكم، وربطها داخل الكم، أو وضع الدراهم في الكم وربطها خارج الكم.

وكل [وجه] على وجهين: إما أن طَرَّ وقطع، أو حَلَّ الرباط.

ففي الوجه الأول: وهو ما إذا وضع الدراهم على خارج الكم وربطها في الداخل، فإن طَرَّ وقطع، يقطع؛ لأنه إذا طَرَّ الصُّرَّة تصير الدراهم في يده في الكم، فإذا أخرج الدراهم من الكم، فقد أخرجها من الحرز، فيقطع.

وإن حَلَّ الرباط لا يقطع؛ لأنه إذا حل الرباط تصير الدراهم خارج الكم، فلا يتحقق إخراج المال من الكم.

وأما الوجه الثاني: وهو ما إذا وضع الدراهم في الكم وربطها خارج الكم، إن حل الرباط قطع؛ لأنه إذا حل الرباط، بقيت الدراهم في الكم، فيكون الإخراج من الحرز.

وإن طرّ لا يقطع؛ لأنه إذا طر الصرة تقع الدراهم خارج الكم، فلا يكون الإخراج من الكم.

وعن أبي يوسف: أنه قال: يقطع على كل حال استحساناً؛ لأن المال محرز بصاحبه.

إن سرق جماعة وتولى أحدهم أخذ المتاع وحمله

(وإن سرق جماعة، وتولىٰ أحدهم أخذ المتاع وحمله، قُطِعُوا استحساناً، والقياس: أن يقطع الآخذ وحده)؛ لأن السرقة: هي أخذ المتاع من الحرز، وجدت منه دون غيره.

وجه الاستحسان: أن هذا معهود فيما بين السُّرَّاق: أن يلي أحدهم أخذ المتاع، وأصحابه يقومون مع الأسلحة رصدًا له، وما كان معهودًا لا يمنع وجوب القطع؛ كيلا يؤدي إلى سَدِّ باب القطع الثابت بكتاب الله تعالىٰ.

جماعة سرقوا نصابًا واحدًا

جماعة سرقوا نصابًا واحدًا، لا يقطعون عندنا، خلافًا لمالك[1]، والصحيح مذهبنا؛ لأنه لو انفرد كل واحد بسرقة بعض النصاب، لا يقطع، فكذلك عند الاجتماع.

إن سرق نصابًا من رجلين من منزلين

وإن سرق نصابًا من رجلين من منزلين مختلفين، لا يقطع؛ لأنهما سرقتان؛ لاختلاف الحرز، وإن سرق مالهما من منزل واحد، قطع؛ لأنه سرق نصابًا كاملاً من حرز واحد.

وإن سرق ثوبًا يساوي تسعة دراهم، وأخرجه، ووضعه على الباب، ثم دخل وأخرج درهمًا، لا يقطع؛ لأنه لم يخرج من الحرز نصابًا كاملاً في كل مرة، فلا تتم السرقة لكل مرة.

رجل سرق ثوبًا، فشَقَّه في الدار نصفين، ثم أخرجه وهو يساوي عشرة

(رجل سرق ثوبًا، فشَقَّه في الدار نصفين، ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم، قطع)، وهذه المسألة على وجهين: إن كان لا يساوي عشرة دراهم بعد الإخراج، لا يقطع؛ لأن السرقة تمَّت فيما دون النصاب، فلا يقطع.

وإن كان يساوي عشرة دراهم بعد الإخراج، فهو على وجهين: إما أن كان الخرق يسيرًا، أو فاحشًا، فإن كان يسيرًا، يقطع، ويضمن النقصان، أما القطع؛ فلأنه أخرج نصابًا كاملاً من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان النقصان؛ فلوجود سببه: وهو التعييب، ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع؛ لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج، والقطع بإخراج الباقي، فلا يمنع، كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت، وأخرج الآخر، وقيمته نصاب.

---

(١) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة ١٤١٨/٣.

إن كان الخرق فاحشًا

وإن كان الخرق فاحشًا، خُيِّرَ المالك: إن شاء ضمنه قيمته، وإن شاء أخذ الثوب، فإن ضمنه قيمته، لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق بالضمان من وقت الأخذ، فتتم السرقة على ملكه، فلا يقطع، وإن اختار أخذ الثوب، قال أبو حنيفة ومحمد رحمه الله تعالىٰ: يقطع، وقال أبو يوسف: لا يقطع، وذكر ابن سماعة الخلاف على عكس هذا، والأول أصح.

لأبي يوسف: أن السرقة تمت، وللسارق فيها سبب الملك؛ لأن الخرق الفاحش يفيد الملك عند الضمان، فلا يقطع، كما لو سرق ثوبًا اشتراه على أن البائع بالخيار.

ولهما: أنه سرق نصابًا كاملاً، فيقطع، كما لو شَقَّها غيره ثم أخرجها السارق، وما قال، قلنا: القطع لم يوضع سببًا للملك، بل هو سبب للضمان، إلَّا أنَّ من ضرورة وجوب الضمان ثبوت الملك في المضمون، ومثل هذا لا يورث شبهة، كما في نفس الأخذ، فإن نفس الأخذ بدون القطع سبب للضمان، واحتمال ثبوت الملك بالأخذ عند وجوب الضمان قائم، فلا يمنع القطع.

وإن سرق شاة فذبحها في الدار، ثم أخرجها وهو يساوي عشرة

(**وإن سرق شاة فذبحها في الدار، ثم أخرجها وهو يساوي عشرة دارهم، لا يقطع**)؛ لأن السرقة تمت وهي لحم وسرقة اللحم لا توجب القطع.

[١٣٤/أ]

إن سرق صبيًّا مملوكًا لا يعقل ولا يتكلم

وإن سرق صبيًّا مملوكًا لا يعقل ولا يتكلم، وفي رواية: لا يمشي، في القياس: يقطع، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي الاستحسان: لا يقطع، وهو قول أبي يوسف.

له: أنه آدمي، فلا يتصور سرقته، كما لو كان عاقلاً يتكلم.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن الصغير الذي لا يعقل، لا يدل على نفسه، فيكون بمنزلة الدابة، بخلاف العاقل؛ لأنه في يد نفسه، فكان أخذه جهارًا ممن في يده، فلا يكون سرقة، بل يكون غصبًا.

إن سرق صبيًّا حرًّا

وإن سرق صبيًّا حرًّا، لا يقطع؛ لأنه ليس بمال، وكذا لو كان عليه حلي كثير، ولم يفصل في الكتاب بين ما إذا علم بالحلي أو لم يعلم، ومن الناس من قال: إن علم بالحلي، يقطع، وإن لم يعلم، لا يقطع، وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف: أنه يقطع في الحالين.

لأبي يوسف: أنه لو سرق الحلي وحده يقطع، فكذا إذا سرقه مع غيره.

وجه ظاهر الرواية: أن الصبي يتحلىٰ للزينة، والزينة تبع لصاحبها، وسرقة الصبي الحر لا توجب القطع، فكذا سرقة التبع؛ لأن حكم التبع حكم الأصل.

لو سرق ثوبًا يساوي عشرة دراهم، وفي طرفه دراهم مشدودة

ولو سرق ثوبًا يساوي عشرة دراهم، وفي طرفه دراهم مشدودة، إن علم بالدراهم قطع، وإن لم يعلم لا يقطع؛ لأن الدراهم لا تشد في الثوب لتزيين الثوب، وإنما تشد للحفظ، فلم تكن الدراهم تبعًا للثوب حقيقة، فتعين التبعيَّة من حيث القصد والغرض، وإن علم بالدراهم، كانت الدراهم مقصودة، وإن جهل لا تكون مقصودة.

وعن أبي يوسف: أن هذا والأول سواء، يقطع على كل حال.

وعن محمد رحمه الله تعالىٰ: إذا سرق حمارًا يساوي تسعة دراهم، وعليه إكاف تساوي درهمًا، يقطع، وكذا لو سرق كوزًا يساوي تسعة دراهم، وفيه لبن أو شراب يساوي درهمًا، يقطع؛ لأن الحمار مال يقطع بسرقته لو كان نصابًا، فيجعل الآخر وهو الإكاف تبعًا، ويكمل به النصاب.

قطع السارق بخصومة المُوْدَع، والغَاصب

(ويقطع السارق بخصومة المُودَع، والغَاصب، والمُسْتَعِير، وكاسب الربا)، وقال زفر والشافعي: لهم حق الاسترداد، ولا يقطع بخصومتهم، ذكر في الأصل كاسب الربا، ويحتمل أنه أراد به: رجلاً باع عشرة دراهم بعشرين، وقبض العشرين، فسرقها منه رجل.

(وأجمعوا: على أنه يقطع بخصومة المالك)، وذكر ابن سماعة: أنه لا يقطع حتى يحضر المسروق منه.

بَابُ
مَا يُقْطَعُ فِيْه

سرق ذهبًا يجب فيه القطع فضربها دنانير

(رجل سرق ذهبًا أو فضة يجب فيه القطع، فضربها دراهم أو دنانير، تقطع يده، وتُرَدُّ الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا سبيل للمسروق منه على الدراهم والدنانير).

وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى: إذا غصب من آخر ذهبًا أو فضة، فضربها دراهم أو دنانير، عنده: لا ينقطع حق المالك، وعندهما: ينقطع، لهما: أن هذه صنعة مبدلة للعين، فينقطع حق المالك، كما لو غصب غزلاً فنسجه، أو حديدًا أو صُفْرًا فجعله آنية.

ولأبي حنيفة: أن انقطاع حق المالك حق للغاصب، أمر يأباه القياس، عرفنا ذلك فيما إذا كانت الصنعة متقومة؛ لأن الصنعة إذا كانت متقوّمة، كان حق الغاصب في الصنعة قائمًا من كل وجه، وحق المالك في المغصوب قائم من وجه؛ لأن المغصوب هلك من وجه، فقدمنا حق الغاصب، وفي تلك المسائل: الصيغة متقومة، فقلنا بانقطاع حق المالك، أما الصنعة في الذهب والفضة، لا قيمة لها، ولهذا لو كسر إناء فضة، لم يكن لصاحب الإناء أن يأخذ الإناء ويضمنه النقصان، بل يمسكنه بلا ضمان، أو يرده ويضمنه قيمته من خلاف جنسه، وإذا لم ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة، يقطع السارق؛ لأنه لم يملك المسروق.

واختلف المشايخ في وجوب القطع على قولهما: قال بعضهم: لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق، وقال بعضهم: يقطع؛ لأنه لم يملك عين المسروق.

إن سرق ثوبًا فصبغه أحمر، أو أسود

(فإن سرق ثوبًا فصبغه أحمر، يقطع فيه، ولم يؤخذ منه الثوب، ولا يضمن قيمة الثوب، وقال محمد: يؤخذ منه الثوب، ويعطىٰ ما زاد الصبغ فيه، ليس له إلَّا ذلك).

لمحمد: أن الصبغ ليس باستهلاك، فلا ينقطع به حق المالك، كما لو صبغه الغاصب.

ولهما: أن حق السارق في الصبغ متقوم، حتى لو أخذ المالك ثوبه عند محمد: يعطيه ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في المسروق ليس بمتقوم؛ ولهذا لو هلك في يده لا يضمن، وكذا لو استهلكه في رواية، فقدمنا حق السارق، كما لو وهب ثوبًا فصبغه الموهوب له، ينقطع حق الواهب في الرجوع، بخلاف مسألة الغصب؛ لأن ثَمَّةَ استوىٰ الحقان في التقوّم، فرجحنا حق المالك في البقاء.

(وإن صبغ السارق أسود، يقطع، ويؤخذ منه الثوب في المذهبين).

أراد به: مذهب أبي حنيفة ومذهب محمد. [١٣٤/ب]

أما عنده: لأن السواد نقصان، فلا ينقطع به حق المالك، كما لو عَيَّبَه بعيب آخر.

وعند محمد: السواد بمنزلة الحمرة، فلو صبغه أحمر عنده، لا ينقطع حق المالك؛ لِمَا قلنا، كذلك هاهنا.

وعند أبي يوسف: السواد بمنزلة الحمرة، وقد ذكرنا قوله ثمّة، فلا نُعيده هنا.

رجل قطع في سرقة وهي قائمة

(رجل قطع في سرقة وهي قائمة، ردّت على صاحبها)، وكذلك إذا كان السارق باعها من رجل، أو وهب وسلَّم، كان للمالك أن يأخذها من الموهوب له والمشتري، ويبطل البيع والهبة، **(وإن كانت مستهلكة، لم يضمن)** عندنا، وعند الشافعي[1]: يضمن، وهي مسألة معروفة.

وإن سرقها رجل من السارق بعدما قطعت يد الأول، لا يقطع الثاني. [والله تعالىٰ أعلم].

(١) انظر: المهذب /٤٤٨؛ الروضة ١٠/١٥١.

بَابٌ
فِيْ قَطْعِ الطَّرِيْقِ(١)

رجل قطع الطريق بالمصر ليلاً أو نهارًا

(**رجل قطع الطريق بالمصر ليلاً أو نهارًا، أو بين الحيرة والكوفة، فليس بقاطع الطريق، والقياس: أن يكون قاطعًا**)، وهو رواية عن أبي يوسف، وهو قول الشافعي(٢).

وجه القياس: أن قطع الطريق: ليس إلَّا أخذ المال من الطريق على وجه الخفية عن الإمام، أو عن جماعة المسلمين، وقد وجد، فيجب حد قطع الطريق، كما لو وجده في المفازة.

وجه الاستحسان: أن قطع الطريق: أخذ المال من الطريق على وجه الخفية ممن إليه حفظ الطريق، وذلك لا يتحقق في الأمصار، ولا فيما بين القرىٰ العامرة؛ لأنها قريبة من الإمام ومن نوّابه، فلا يمكنهم ذلك؛ ولأن حد قطاع الطريق وجب جزاءً للمحاربة [والحِرَابة]، وإنما تتحقق في المفازة؛ لأن في المفازة لا يلحقه الغوث، وإنما يسير فيها معتمدًا على حفظ الله تعالىٰ، فمن تعرض له، كان محاربًا [لله تعالىٰ]، بخلاف المصر، وما بين القرىٰ؛ لأن ثَمَّةَ يلحقه الغوث، فلا يكون كل اعتماده على الله تعالىٰ.

---

(١) في ب (قطاع الطريق).

(٢) انظر: المهذب ٤٤٨/٥؛ الروضة ١٠/١٥٦.

وعن أبي يوسف: أن في المصر وبين القرىٰ: إن قصده بالسلاح، يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالحجر أو بالخشبة بالنهار، لا يقام عليه الحد، وإن كان بالليل يقام.

رجل قطع الطريق فأخذ المال ولم يقتل

(**رجل قطع الطريق، فأخذ المال ولم يقتل، تقطع يده ورجله من خلاف**)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ**...﴾ الآية [المائدة: ٣٣]، نزلت في أصحاب أبي بردة حين قطعوا الطريق على المسلمين.

وإن هدد ولم يأخذ المال ولم يقتل، يُعَزَّر، ويُحْبَس حتى يتوب؛ لأنه ارتكب مأثمًا ليس فيه حد، ولا يبلغ حدًّا؛ لِمَا قلنا.

وإن أخذ المال ولم يقتل، تقطع يده ورجله من خلاف.

إن قتل ولم يأخذ المال

(**وإن قتل ولم يأخذ المال، قتله الإمام حدًّا**)، عرف ذلك بقضاء النبي عليه الصلاة والسلام في أصحاب أبي بردة.

إن قتل وأخذ المال

(**فإن قتل وأخذ المال، كان الإمام بالخيار: إن شاء قطع يده ورجله من خلاف، وقتله أو صلبه، وإن شاء الإمام لم يقطع، وقتله أو صلبه**)، وقال أبو يوسف ومحمد: يصلب ولا يقطع[١]، وهو قول الشافعي[٢]؛ لما روي عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم أنهما قالا: (**إذا اجتمعت الحدود وفيها قتل، يقتل، ويلغىٰ ما سواه**)[٣]؛ ولهذا قلنا: إذا سرق وزنىٰ وهو محصن، فإنه يرجم، ولا يقطع.

---

(١) ذكر قاضيخان في الفتاوىٰ في قول الصاحبين: «يصلب حيًّا، ولا يفعل به شيء آخر» ٢/٣٩٩؛ وفي الجامع ذكر قول محمد: «يقتل أو يصلب، ولا يقطع»، ولم يذكر معه أبا يوسف. ص٣٩٨.

(٢) وقول الشافعي: «قتل، وصلب»، كما في المهذب ٥/٤٥٠؛ والروضة ١٠/١٥٦.

(٣) أورده ابن عبد البر (عن ابن عباس أنه قال: إذا اجتمعت الحدود والقتل، سقطت كلها إلَّا القذف) ٨/١٥١. وأورده أكثر الفقهاء في كتبهم.

ولأبي حنيفة: أن هذه جناية واحدة من وجه؛ لأن الكل جناية قطع الطريق، وجنايتان من وجه؛ لأنها أخذ المال والقتل، فإن شاء مال إلى جانب الافتراق، ويجمع بين القطع والقتل، وإن شاء مال إلى جانب الاتحاد، فيقتل ولا يقطع، ويجعل ما دون النفس تبعًا للنفس.

وله الخيار في ظاهر الرواية: إن شاء صلبه، وإن شاء لم يصلبه، وعن أبي يوسف: أنه لا يترك الصلب؛ لأنه منصوص عليه؛ ولأن هذه جناية متفاحشة، فيبالغ في التشهير، حتى يعتبر به غيره.

وجه ظاهر الرواية: أن الزجر والتشهير يحصل بالقتل، فيخير الإمام في الزيادة.

وإذا أراد الصلب، ذكر في ظاهر الرواية، وهو اختيار الكرخي: أنه يصلب حيًّا، ويطعن برمح تحت ثندُوته الأيسر، حتى يموت، وذكر الطحاوي: أنه يقتل على الأرض ثم يصلب؛ لأنه لو صلب حيًّا كان مُثْلَةً، وهي حرام، والأول أَصَحُّ؛ لأن الصلب شرع مبالغة في الإيلام، وذلك فيما قلنا.

ويترك على خشبة ثلاثة أيام، ثم يخلىٰ بينه وبين أهله حتى يدفن في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف: أنه يترك حتى يفسد، فيسقط تحقيقًا للمبالغة، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه يتغير بعد ثلاثة أيام، فيتأذىٰ به المارّة.

إذا قُتل لا ضمان عليه

(وإذا قُتل لا ضمان عليه في مال أخذه، أو جرح جرحه)؛ لأن قطع الطريق من جنس السرقة، فإذا أقيم عليه الحد، سقط عنه ضمان المال والنفس، كما في السرقة.

[١٣٥/أ]

جماعة قطعوا الطريق فولي أحدهم القتل

(جماعة قطعوا الطريق، فولي أحدهم القتل، قتلهم الإمام جميعًا عندنا)، قتلوا بسلاح أو بغير سلاح؛ لأن قطع الطريق جناية المحاربة، والدرء في المحاربة بمنزلة المباشر، كما في أهل البغي وأهل الحرب؛ لأن المحاربة عادة تكون بمباشرة البعض، وقيام الباقين، ولهذا يستوي فيه ما يوجب القصاص، وما لا يوجب القصاص كالعصاة ونحوها.

كان في الذين قطع عليهم الطريق ذو رحم محرم من أحدهم

(وإن كان في الذين قطع عليهم الطريق[1] ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أحدهم، لا يقام عليهم الحد)، وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالىٰ يقول: تأويل هذه المسألة: إذا كان المال مشتركًا بين الكل، أو لم يأخذوا المال إلَّا من ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ لأن هذه الجناية لم تنعقد موجبةً للحد في حق القريب، فلا تنعقد في حق الباقين، كما لو سرقوا من بيت ذي رحم محرم من أحدهم، أما إذا لم يكن المال مشتركًا بين الكل، وأخذوا أموالهم، أقيم عليهم الحد بأخذ المال من الأجانب، والأصح: أنه لا يجب الحد على الكل على كل حال؛ لأن هذه جناية واحدة، والقافلة حرز واحد، فإذا لم تنعقد موجبة للحد في حق البعض، لا تنعقد في حق الباقين.

لو قطع بعض القافلة الطريق على البعض

وكذا لو قطع بعض القافلة الطريق على البعض، لم يجب الحد؛ لأنهم في حرز واحد، فلا يجب الحد، كما لو سرق شيئًا من شريك له في البيت.

وإذا لم يجب الحد في هذين الفصلين، فمن ولي القتل يقتل إذا كان قتلاً يوجب القصاص، ويستوفيه الولي، ويجب عليه ضمان الجِرَاحَات، وضمان مال استهلكه، أو هلك في يده؛ لأن وجوب القصاص لا يمنع ضمان المال.

لو لم يأخذ المال ولم يقتل حتى أُخذ

(ولو لم يأخذ المال ولم يقتل حتى [أخذ، وقد] [2] جرح، يقتص منه إن كان مما يجري فيه القصاص، وعليه الأرش إن كان مما لا يجري فيه القصاص)؛ لأنه إذا لم يجب الحد، ظهر حق العبد في المال والنفس، **(ويكون ذلك إلى الأولياء)**.

---

(١) عبارة الجامع بزيادة: (... صَبِيٌّ، أو مجنون، أو ذو رحم محرم من أحدهم، لم يقم عليهم)، ص٣٩٨.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من نسختي الجامع الصغير: (عالم الكتب) ص٣٠١؛ (دار الباز) ص٣٩٩. أي: أخذه أعوان الإمام.

إن أخذ قاطع الطريق بعد التوبة وقد قتل إنسانًا

(وإن أُخذ قاطع الطريق بعد التوبة، وقد قتل إنسانًا بحديدة عمدًا، فإن شاء الأولياء قتلوه، وإن شاؤوا عفو عنه)؛ لأن الحد بطل عنه بالتوبة؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْۖ**﴾ [المائدة: ٣٤]، فيظهر حق العبد في النفس وضمان ما هلك في يده.

رجل شهر على رجل سلاحًا، فقتله المشهور عليه عمدًا

(رجل شهر على رجل سلاحًا في المصر ليلاً أو نهارًا، أو في غير المصر، فقتله المشهور عليه عمدًا، لا شيء عليه)؛ لأنه قتله لدفع الشَّرِّ عن نفسه، ودفع الشر مباح أو واجب، **(وإن شهر عليه عصا في المصر نهارًا، فقتله المشهور عليه بالحديد عمدًا، قُتِلَ)**؛ لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل؛ لأن العصا تلبث، وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح؛ لأنه لا يلبث، وبخلاف المفازة، أو كان في المصر ليلاً؛ لأنه لا يلحقه الغوث، وإن كان الخشب أو الحجر كبيرًا عظيمًا، لا يلبث، فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ السِّيَرِ

بَابُ الرِّدَّةِ وَاللِّحَاقِ بِدَارِ الحَرْبِ

رجل وامرأته ارتدا ولحقا بدار الحرب فحبلت، وولدت ولدًا

(رجل وامرأته ارتدا ولحقا بدار الحرب ـ والعياذ بالله تعالىٰ ـ، فحبلت المرأة في دار الحرب، فولدت ولدًا، وولد لولدها ولد، فظهر عليهم جميعًا، فالولدان فيء، ويجبر الولد الأول على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد).

أما الولد الأول، يجبر على الإسلام؛ لأنه ولد المرتد، فيحكم بإسلامه تبعًا له، فيجبر تبعًا له، ولا يجبر ولد الولد، وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجبر، وهذا بناءً على أن ولد الولد هل يكون مسلمًا بإسلام الجد؟ في ظاهر الرواية: لا يكون مسلمًا، وفي رواية الحسن: يكون مسلمًا، فكذلك في الجبر على الإسلام.

وفيها أربع مسائل

وهذه أربع مسائل: إحداها: حكم الدِّيْن.

والثانية: الجَدّ، هل يَجُرُّ ولاء [النافلة أم لا]؟.

والثالثة: صدقة الفطر.

والرابعة: إذا أوصىٰ لقرابته، لا يدخل الأب في الوصية، وهل يدخل الجد؟ في ظاهر الرواية: يدخل، وفي رواية: لا يدخل.

في رواية الحسن: الجد بمنزلة الأب في هذه المسائل، وفي ظاهر الرواية: لا يكون بمنزلة الأب.

وجه رواية الحسن: علة التبعية في حق الأب: التفرع، والتفرع ثابت في حق الجد؛ ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح، وبيع مال الصغير.

وجه ظاهر الرواية: أنه لو كان مسلمًا تبعًا للجد، كان تبعًا لجد جده، فيكون الناس كلهم مسلمين بإسلام آدم عليه الصلاة والسلام، فلا يجبر على الإسلام تبعًا للجد، ولا يجبر تبعًا لابنه: وهو الولد الأول؛ لأن [التَّبع] لا يستتبع غيره.

والولدان فيء، أما ولد الولد؛ فلأنه كافر أصلي، وأما الولد الأول؛ فلأنه ولد المرتدة، وولد المرتدة يسبىٰ تبعًا للأم؛ لأن الولد يتبع الأم في الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ.

وإن ارتدا ـ والعياذ بالله ـ ولهما أولاد صغار، فحلقا بدار الحرب مع أولادهما الصغار، فولد لأولادهما أولاد، ثم ظهر عليهم، ذكر الكرخي رحمه الله تعالىٰ في «مختصره»: أن على قول أبي حنيفة: يجبر الأولاد [١٣٥/ب] الذين خرجا بهم من دار الإسلام، وأولاد الأولاد، فإن أسلموا، وإلَّا حُبِسُوا.

أما الأولاد الذين لحقوا بهم؛ فلأنَّا حكمنا بإسلامهم إما تبعًا للدار، أو تبعًا للأبوين، فيجبرون على الإسلام، ولا يقتلون؛ لأنا حكمنا بإسلامهم في حال لا تلحقهم العقوبة؛ لضعف حالهم، فيمنع القتل، ولا يمنع الجبر على الإسلام، كالمرأة.

وأما أولاد[1] هؤلاء، يجبرون على الإسلام؛ لأنهم أولاد من حكم بإسلامهم، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجبر أولاد الأولاد على الإسلام؛ لأنه لو ثبت الجبر، لثبت تبعًا للجد، وذلك ممتنع.

والموجود في البطن حالة اللحوق بدار الحرب، بمنزلة المولود في دار الإسلام؛ لثبوت الإسلام له في البطن.

قوم من العرب من أهل الكتاب أرادوا أن يؤدوا الخراج

(**قوم من العرب من أهل الكتاب، أرادوا أن يؤدوا الخراج، ويكونوا ذمّة للمسلمين، لا بأس به**)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ**﴾ إلى أن قال: ﴿**حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ**﴾ [التوبة: ٢٩]، وعمر رضي الله عنه صالح بني تغلب[2]، وهم من نصارىٰ العرب على الصدقة المضاعفة.

إن ظهر عليهم قبل قبول الجزية

(**وإن ظهر عليهم قبل قبول الجزية، جاز سبيهم، واسترقاقهم**)؛ لأنه لما جاز تقريرهم على الكفر بوضع الجزية لمنفعة المسلمين، جاز تقريرهم بضرب الرق، (**وكذلك نساؤهم وصبيانهم**)؛ لأنه لا يباح قتلهم بسبب الكفر، فيجوز سبيهم؛ لأن ذلك أنفع للمسلمين من إبقائهم على الجزية.

المجوس إذا أرادوا أن يؤدوا الخراج

وكذلك المجوس إذا أرادوا أن يؤدوا الخراج ويكونوا ذمّة لنا، لا بأس به؛ لما روي: أن النبي عليه الصلاة والسلام وضع الجزية على مجوس هجر، وقال: «**سُنّوا بهم سنة أهل الكتاب، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم**»[3]، ويجوز استرقاقهم أيضًا؛ لِمَا قلنا.

---

(١) في ب (أولاد الأولاد).

(٢) أخرجه أبو يوسف في الخراج ١/٧١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٩/٢١٦؛ وأورده الزيلعي في نصب الراية، وعزاه لابن أبي شيبة في مصنفه ٢/٣٦٢.

(٣) أخرجه الهيثمي في مسند الحارث ٢/٦٩٠؛ ومالك في الموطّأ (٦١٦)؛ والشافعي في مسنده ١/٢٠٩؛ وعبد الرزاق في مصنفه ٦/٦٩.

عبدة الأوثان من العرب، إذا طلبوا الذِّمَّة

(**وأما عبدة الأوثان من العرب، إذا طلبوا الذِّمَّة، لا يقبل منهم**)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يقبل من مشركي العرب إلَّا السَّيف أو الإسلام**»[1]؛ ولأن جنايتهم أفحش من جناية غيرهم في الكفر؛ لأن القرآن نزل بلغتهم، ورسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بعث منهم، فأشبه حالهم حالة المرتد.

وأما أهل الكتاب من العرب، فليسوا من العرب في الأصل، بل كانوا من غير العرب، سكنوا في العرب وتوالدوا فيهم، وأما العرب في الأصل، فهم عبدة الأوثان، كما وصفهم الله تعالىٰ: ﴿**وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ ٱلْكِتَٰبَ**﴾ [البقرة: ٧٨].

إن ظهر عليهم

(**وإن ظهر عليهم، فنساؤهم وصبيانهم فيء**)، روي: (**أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم سبىٰ ذرية أوطاس، وهوازن**)[2]؛ ولأن قتل النسوان والصبيان حرام، فيجوز استرقاقهم.

عبدة الأوثان من غير العرب

وأما عبدة الأوثان من [غير العرب][3]: كالترك، والهند، [والعجم]، لا بأس بسبيهم وأخذ الجزية منهم، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز أخذ الجزية منهم[4]؛ لأنهم صنف من الكفرة لا كتاب لهم، فكانوا كمشركي العرب، بحيث لا يقبل منهم إلَّا الإسلام أو السيف.

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ في كتب الأحاديث، إلَّا ما ذكره الشيباني في الجامع الصغير ١/٣٠٤، أو ما ذكر في السير: (كان رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم لا يقبل من مشركي العرب ...) ١/٢٢٢، وإنما ذكره المُفَسِّرون في آيات القتال.

(٢) ما روي عن أبي سعيد الخدري، عن النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم في سبايا أوطاس: (لا توطأ حامل حتى تضع ...)، أخرجه أبو داود (١٢٥٧)، وقال ابن حجر: «إسناده حسن»، التلخيص الحبير ١/١٨٢.

(٣) في أ (العجم)، والمثبت من ب، د.

(٤) انظر: المهذب ٥/٣١٣؛ الروضة ١٠/٣٠٥.

ولنا قوله تعالىٰ: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ...﴾ الآية [التوبة: ٢٩] من غير فصل، بخلاف مشركي العرب، فإنهم خُصُّوا بما روينا.

أهل الردة إذا غلبوا على مدينة، ثم طلبوا الذمة

وأما أهل الرِّدَّة إذا غُلِبُوا على مدينة، ثم طلبوا الذمّة، لا يقبل منهم؛ لقوله تعالىٰ: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦]، قيل: إنها نزلت في أهل الردّة، وقال عليه الصلاة والسلام: «من بَدَّل دِيْنَه فاقتلوه»[1]، وعليه إجماع الأمة.

(فإن ظهر عليهم، فنساؤهم وصبيانهم فيء، ويجبرون على الإسلام)، أما السبي؛ فلأن «الصحابة رضي الله عنهم سبوا نساء أهل الرِّدَّة في زمن أبي بكر رضي الله عنه»[2]، حتى وقعت الحنفية في سهم علي رضي الله عنه، فولد له محمد ابن الحنفية؛ ولأنه لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم، فيجوز سبيهم، ويجبرون على الإسلام، بخلاف نساء مشركي العرب؛ لأن الجبر على الإسلام حكم يختص بأهل الردة.

إن رأى الإمام موادعة أهل الحرب

(وإن رأىٰ الإمام موادعة أهل الحرب، وأن يأخذ على ذلك مالاً، فلا بأس به)؛ لما روي: «أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم وادع أهل مكة»[3]؛ ولأن الإمام عسىٰ يحتاج إلى الموادعة: إما لاستعداد القتال، أو للمجاوزة عليهم إلى قوم آخرين، وإن وادعهم من غير حاجة، لا يجوز؛ لأن في ذلك تركهم على الكفر من غير جهاد، بخلاف ما إذا قبلوا الجزية، وطلبوا الذمّة، فإنه يجوز أن تقبل ذلك منهم من غير ضرورة؛ لأن فيه آخر أحكام الإسلام.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٥٤)، وغيره من أصحاب السُّنَن.

(٢) كما ذكر ابن عبد البر في التمهيد ٥/٣١٣.

(٣) (أن النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم وادع أهل مكة عام الحديبية: أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين)، أخرجه أبو داود في سننه، وأحمد في مسنده مُطوَّلاً بقصة الفتح. كما قال الزيلعي في نصب الراية ٢/٣٨٨.

أهل الرِّدَّة إذا طلبوا الموادعة

[١٣٦/أ]

وإذا جازت الموادعة، يجوز أخذ المال على الموادعة؛ لأنه [يشبه] الجزية، **(وأهل الرِّدَّة إذا طلبوا الموادعة لينظروا في أمورهم، فلا بأس بأن يوادعهم)**؛ لأن القتال شرع للدعاء إلى الإسلام، فإذا طلبوا الموادعة، ثبت رجاء العود إلى الإسلام، فلا بأس بأن يوادعهم، لكن لا يأخذ منهم المال على الموادعة؛ لأن ذلك يشبه الجزية، وأخذ الجزية لا يجوز من أهل الردّة، فإن أخذ المال على الموادعة، لا يرده عليهم؛ لأنه مال غير معصوم، وفي رده تقويتهم وإعانتهم، إلَّا أن يكون من كسب الإسلام، وله ورثة مسلمون في دارنا، فيرد عليهم؛ لما نذكر بعد هذا.

رجل ارتد ولَحِقَ بدار الحرب

(رجل ارتد ـ والعياذ بالله ـ، ولَحِقَ بدار الحرب، فإنه يقضىٰ بعتق أمهات أولاده، ويعتق مدبريه من الثلث، فإذا قضىٰ بذلك، حَلَّ ما عليه من الديون، فيقضىٰ ديونه، ويقسم [ما بقي] بين ورثته)؛ لأنه لما لحق بدار الحرب، صار من أهل الحرب، والحربي ميّت حكمًا؛ لكن رجاء عوده إلى الإسلام ثابت، فلم يكن ذلك مستقرًّا، فلا بد من القضاء للتقرر، فإذا قضىٰ القاضي بذلك، تقرر موته، فثبت أحكامه، وفي بعض الروايات: بنفس اللحاق تثبت هذه الأحكام من غير قضاء.

إن جاء مسلمًا بعد القضاء، ووجد عين ماله في يد وارثه

(فإن جاء مسلمًا بعد القضاء، فإن وجد من عين ماله في يد وارثه، أخذه)؛ لأن وارثه قائم مقامه في ذلك المال بطريق الخلافة، فإذا عاد مسلمًا، انتهت الخلافة، كأنه حي بعد الموت، وأمَّا إزالة الوارث عن ملكه لا سبيل له عليه؛ لأنه أزاله في وقت كان له سبيل من الإزالة، فنفذت الإزالة وانتهت الخلافة.

ولا سبيل على أمهات أولاده ومدبريه؛ لأن القاضي قضىٰ بعتقهن عن ولائه؛ لأنه لو كان في دار الإسلام، كان له أن يميته حقيقة، إذا خرج عن ولايته، كان له أن يميته حكمًا، فإذا قضىٰ عليه بما ذكرنا، ينفذ قضاؤه، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض، وهذه حياة حادثة.

إن جاء مسلمًا قبل القضاء بلحاقه

(وإن جاء مسلمًا قبل القضاء بلحاقه، فأمهات أولاده المدبرون على حالهم، وما كان عليه من الديون، فهو إلى أجله كأنه لم يزل مسلمًا)؛ لأن موته لا يتقرر قبل القضاء.

مرتد لحق بماله إلى دار الحرب ثم ظهر على المال

(مرتد لحق بماله إلى دار الحرب، ثم ظهر على المال، فهو فيء)؛ لأنه مال الحربي، ويجوز أن يكون ماله فيئًا، ونفسه لا تكون فيئًا، كمشركي العرب، فإن لحق بدار الحرب، ثم عاد وأخذ مالاً، وألحقه بدار الحرب، ثم ظهر على ذلك المال، فوجدته الورثة قبل القسمة، رُدَّ عليهم، وهذا إذا قضىٰ القاضي بلحاقه، وقسم ماله بين روثته، فيكون المرتد في هذه الصورة آخذًا مال الورثة، لا مال نفسه، والحربي إذا استولىٰ على مال المسلم وأحرزه بدار الحرب، ثم وقع المال في الغنيمة، كان للمالك القديم أن يأخذه قبل القسمة بغير شيء، كذلك هاهنا.

فإن كان القاضي لم يقض بلحاقه حتى عاد وأخذ المال وأحرزه بدار الحرب، ثم وقع في الغنيمة، في ظاهر الرواية: وهو جواب هذا الكتاب: يرد على الورثة أيضًا؛ لأنه متىٰ لحق بدار الحرب، فالظاهر أنه لا يعود، فكان ميتًا ظاهرًا، وفي بعض روايات السير: يكون فيئًا، لا حق للورثة فيه؛ لأن الحق للورثة لا يثبت إلَّا بالقضاء.

مرتد أعتق، أو باع، ثم أسلم

(مرتد أَعتق، أو باع، أو وهب، أو اشترىٰ، ثم أسلم، جاز ما صنع، وإن قتل، أو مات [على رِدَّته]، أو لحق بدار الحرب، بطل ما صنع، وقال أبو يوسف ومحمد: جاز ما صنع على كل حال).

تصرفات المرتد على أربعة أقسام

تصرفات المرتد على أربعة أقسام: قسم هو نافذ بالاتفاق: كقبول الهبة، والاستيلاد، وتسليم الشفعة، وطلاق امرأته المرتدة، والحجر على عبده المأذون؛ لأنها لا تعتمد الملك من كل وجه، بل يعتمد حق الملك، وحق الملك قائم.

وقسم لا يجوز بالاتفاق: كالنكاح، والذبيحة؛ لأنهما يعتمدان الملة، ولا ملة له.

ومنها ما هو موقوف عند الكل: وهو المفاوضة إذا فاوض مسلمًا، فإن اسلم نفذت المفاوضة، وإن مات، أو قتل، أو قضي بلحاقه، بطلت المفاوضة عند أبي حنيفة أصلاً، وعند أبي يوسف ومحمد: يبقىٰ عِنَانًا، أما توقف المفاوضة عند الكل؛ لأن المفاوضة تعتمد المساواة في التصرفات، وحاله مترددة.

وقسم اختلفوا في توقفه ونفاذه: وهو ما عدا هذه التصرفات التي ذكرنا: كالبيع، والشراء، والإجارة، والعتق، والتدبير، ونحوها، عند أبي حنيفة: يتوقف، إن أسلم نفذ، وإن مات، أو قتل، أو قضىٰ بلحاقه، بطل، وعند أبي يوسف ومحمد: ينفذ، إلَّا أن عند أبي يوسف: ينفذ كما ينفذ من الصحيح، حتى تنفذ تبرعاته من جميع ماله، **(وعند محمد: ينفذ كما ينفذ من المريض)**.

لهما: أنه أهل أن يتصرف في الملك، فوجب تنفيذه كما في المرتدة [١٣٦/ب] وسائر الكفرة، أما الأهلية والملك؛ فلأنه كان ثابتًا قبل الرِّدَّة، وأبرأ العارض في إباحة دمه، وأنه لا يخل بالأهلية، والملك، كما لو حل دمه بقصاص أو رجم، ولهذا لو كان المرتد مكاتبًا، ينفذ تصرفاته، وإذا كان حرًّا كان أولىٰ.

فبعد ذلك محمد يقول: بأنه مشرف على الهلاك، فكان بمنزلة المريض.

ولأبي يوسف: أنه متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالإسلام، فلا يكون بمنزلة المريض، ألا ترىٰ أن المقضىٰ عليه بقصاص أو رجم، لا يعتبر مريضًا؛ لأنه متمكن من دفع الهلاك بادعاء الشبهة، فالمرتد أولىٰ.

ولأبي حنيفة: أن المرتد هالك حكمًا، والهلاك الحقيقي ينافي مالكيَّته المال، ولا ينافي توقف المال على حقه، كالتركة المستغرقة بالدين، فكذا الهلاك الحكمي، وإذا توقف الملك، توقف ما يبنىٰ عليه من التصرفات، كحربي قهر، يتوقف تصرفه في ماله ونفسه، إن استرق بطل، وإن ترك نفذ.

بخلاف ما إذا كان مكاتبًا؛ لأن المكاتب إنما يملك التصرف بعقد الكتابة، والهلاك الحقيقي لا يبطل عقد الكتابة، فالحكمي أولىٰ، ألا ترىٰ أن المكاتب المرتد لو تصرف بعد لحاقه بدار الحرب، ينفذ تصرفه، والمرتد الحر لو تصرف بعد لحاقه لا ينفذ في قولهم؛ لِمَا قلنا؛ ولأن المرتد انعقد سبب الهلاك في حقه، ونقل ماله إلى وارثه من غير أن يكون له ولاية النقل من محل إلى محل، فلا ينفذ تصرفه في ماله؛ لتعلق حق الورثة، وهذا لا يتحقق في حق المكاتب.

عرض الإسلام على المرتد

(ويعرض الإسلام على المرتدِّ، حُرًّا كان أو عبدًا، فإن أبىٰ قتل)؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «مَنْ بَدَّل دِيْنه فاقتلوه»، وتجبر المرتدة على الإسلام، ولا تقتل، حرّة كانت أو أمة، وقال الشافعي: تقتل[1]، وهي معروفة، فإن كانت أمة يستخدمها مولاها، فإذا فرغت [يجبرها مولاها على الإسلام]، ويجعل البيت سجنًا عليها، كذلك شأنها، وقيل: يحبسها الإمام، فإذا احتاج المولىٰ إلى الخدمة، دفعها [إليه]، فإذا فرغت يحبسها، جمعًا بين الحقين، والصحيح: أنها تكون عند المولىٰ، ويفوض ضربها وتأديبها إليه، طلب المولىٰ ذلك أو لم يطلب.

ارتداد الصبي الذي يعقل

(ارتداد الصبي الذي يعقل، ارتداد في قول أبي حنيفة ومحمد، ويجبر على الإسلام، ولا يقتل، وإسلامه إسلام، ولا يرث أبويه إن كانا كافرين، وقال أبو يوسف : إسلامه إسلام، وارتداده ليس بارتداد)، وقال زفر والشافعي:

---

(١) انظر: المهذب ٢٠٨/٥؛ الروضة ٧٥/١٠.

إسلامه ليس بإسلام[1] [أيضًا]، والمسألة معروفة.

ذمي نقض العهد ولَحِقَ بدار الحرب

(ذمي نقض العهد، ولَحِقَ بدار الحرب، فهو منزلة المرتد).

أراد به: في حكم ماله، حتى يحكم بموته، ويقسم ماله بين ورثته؛ لأن المعنىٰ الذي أوجب إلحاق المرتد بالميت، موجود في حقه، إلَّا أنه يسترق، بخلاف المرتد؛ لأن الذمي بعدما نقض العهد، يجوز تقريره على الكفر بضرب الجزية، ولا يجب قتله؛ لأنه ما التزم الإسلام، وإنما التزم الذمّة، فجاز ردّه إلى الذمّة، كما جاز تقريره على الكفر بضرب الجزية، جاز بضرب الرق عليه أيضًا.

مرتد لحق بدار الحرب وله عبد

(مرتد لحق بدار الحرب، وله عبد، فقضىٰ القاضي بالعبد لابنه، فكاتبه، ثم جاء المرتد مسلمًا، فالكتابة جائزة، والولاء للمرتد)، ومال الكتابة وقبضها يكون للمولىٰ؛ لأن القاضي قضىٰ بالملك للوارث بطريق [الخلافة]، فإذا جاء مسلمًا، انتهت الخلافة، ويصير الابن بمنزلة الوكيل في التصرف، والوكيل بالكتابة لا يرجع إليه الحقوق.

مسلم ارتد وله مال اكتسبه في حالة الإسلام

(مسلم ارتد ـ والعياذ بالله ـ، وله مال اكتسبه في حالة الإسلام، ومال اكتسبه في الردة، فأسلم، فهو له، وإنْ مات، أو لَحِقَ بدار الحرب، فما كان في حالة الإسلام، فلورثته، وما كان في الردّة، فهو فيء، وقال أبو يوسف ومحمد: كل ذلك لورثته)، وقال الشافعي: الكل فيء[2]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يرث المسلم الكافر**»[3].

---

(١) وفي المنهاج: «لا تَصِحُّ رِدَّة الصَّبِيِّ»، ص٥٠١. انظر: رحمة الأمة ص٤١٩.

(٢) انظر: المهذب ٥/٢١٢؛ الروضة ١٠/٧٨.

(٣) أخرجه البخاري (٦٣٨٣)؛ ومسلم (١٦١٤)، وغيرهما من أصحاب السُّنن.



ولنا ما وري: (**أن عليًّا رضي الله عنه قتل المستورد العِجْلِي بالرِّدَّة، وقسم ماله بين ورثته المسلمين**)(١).

ثم الكلام بين أصحابنا على ما تقدم، عندها: لمّا صحّت تصرفاته، صحّ ملكه، فينتقل إلى ورثته، وعند أبي حنيفة: لم يصح تصرفه، فلا ينتقل إلى وارثه، وكسب الإسلام يكون لوارثه بطريق إسناد التوريث إلى ما قبل الردّة، فلا يكون هذا توريث المسلم من الكافر.

أو يقال: بأن بعض أحكام الإسلام ثابت في حقه، فإنه يجبر على الإسلام، وليس له ملة مستقرة، وقد اختص باسم لنقصان في كفره، فلا يتناوله مطلق اسم الكافر، وإنما يتناول الكافر الأصلي، فلم يكن هذا توريث المسلم من الكافر من كل وجه.

وبهذا الطريق قلنا: إذا ولد له ولد بعد الردّة من أمة مسلمة، كان ذلك الولد شريكًا لورثته في الميراث.

[١٣٧/أ]

مرتد وطأ جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام

(**مرتد وطأ جارية نصرانية، كانت له في حالة الإسلام، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد، فادعاه، فهي أم ولد له، والولد حر، وهو ابنه، ولا يرثه، وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على ردته أو لحق بدار الحرب**)؛ لأنها إذا جاءت بولد لستة أشهر من وقت الردة، لم نتيقن بعلوق الولد قبل الردة، فلا يجعل الولد مسلمًا بإسلام الأب قبل الردّة.

فإذا كانت الأمة نصرانية، كان الولد مرتدًا تبعًا للأب؛ لأن الأولاد يتبعون(٢) خير الأبوين، والمرتد خير من النصراني؛ لأن المرتد يجبر على الإسلام، والنصراني لا يجبر، فكان المرتد أقرب إلى الإسلام.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٠٥/٦؛ وابن عبد البر في التمهيد ١٦٥/٩؛ والشوكاني في نيل الأوطار ١٩٣/٦.

(٢) في ب، د (الولد يتبع).

ولا يجعل الولد مسلمًا تبعًا للدَّار؛ لأن تبعيَّة الأبوين أقوىٰ من تبعيَّة الدَّار، فلا يجعل الولد مسلمًا تبعًا للدار حال قيام أحد الأبوين، فكان الولد مرتدًا، والمرتد لا يرث أحدًا.

إسلام الولد تبعًا للأم المسلمة

أما إذا كانت الأمُّ مسلمة، كان الولد مسلمًا تبعًا للأم، حتى لو مات يصلىٰ عليه، فأمكن توريثه من المرتد.

وكذا لو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الردّة، يرثه؛ لأنا تَيَقَّنَّا بوجوده في البطن قبل الردة، فيكون مسلمًا تبعًا للأب.

واختلفت الروايات في الذي يرث المرتد، روىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يرثه من كان وارثًا له وقت الردة، وبقي إلى أن مات المرتد، أو قتل، حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته، أو حصل له ولد من علوق حادث بعد ردّته، لا يرثه، وبه أخذ زفر رحمه الله تعالىٰ.

وروىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ: أنه يرثه من كان وارثًا له وقت الردة، ولا يبطل استحقاق هذا الوارث بموت هذا الوارث قبل موت المرتد، بل يجعله وارثه في ذلك.

وروىٰ محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ: أنه يرثه من كان وارثًا له عند موته، أو قبله، سواء كان موجودًا وقت الردة، أو بعد الردة، وهو الصحيح؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل التمام، بمنزلة الموجود وقت انعقاد السبب، ألا ترىٰ أن الزيادة الحادثة من المبيع قبل القبض، تجعل بمنزلة الموجود وقت العقد، حتى يكون لها قسط من الثمن.

مرتد قتل إنسانا خطأ ثم قتل على ردته

(مرتد قتل إنسانًا خطأً، ثُمَّ قُتِلَ على رِدَّته، أو لحق بدار الحرب، فدية القتيل مما اكتسبه حالة الإسلام، وقال أبو يوسف ومحمد، فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعًا)، ولا تكون على العاقلة؛ لأن العقل باعتبار التناصر، وأحد لا ينصر المرتد، فيكون في ماله.

ثم ماله عند أبي حنيفة: كسبه في حال الإسلام، دون كسبه في حال الردة، وعندهما: الكسبان مِلْكه، فيقضىٰ الدية منهما.

مسلم قُطِعَتْ يده عمدًا، ثم ارتد ومات من القطع في رِدَّته

(مسلم قُطِعَتْ يده عمدًا، ثم ارتد ـ والعياذ بالله ـ، ومات من القطع في رِدَّته، كان على القاطع نصف الدية في ماله لورثة المرتد، وكذا لو ارتد بعد القطع ولَحِقَ بدار الحرب، ثم جاء مسلمًا، أو مات من ذلك القطع، كان على القاطع نصف الدية، وإن ارتد بعد القطع ولم يلتحق بدار الحرب حتى أسلم، ثم مات من ذلك القطع، كان على القاطع دية النفس لورثة المقطوع يده، وقال محمد وزفر: نصف الدية في الفصول كلها).

أما إذا مات في ردته من ذلك القطع؛ فلأن [السِّرَاية] حصلت في محل غير معصوم، فبطلت السراية، واقتصرت الجناية على القطع، اعتبر وقت السراية هاهنا، بخلاف ما إذا قطعت يده وهو مرتد ثم أسلم ثم مات من القطع، حيث لا يضمن شيئًا وإن كان معصومًا وقت السراية، واعتبر وقت الجناية ثمّة، فلا يعتبر وقت الجناية هاهنا.

والفرق: أن الجناية إذا وقعت هَدَرًا، لا تصير معتبرةً، وأما الجناية المعتبرة جاز أن تصير هَدَرًا، وأما إذا قطعت يده ثم ارتد والعياذ بالله، ولَحِقَ بدار الحرب، ثم عاد مسلمًا، ومات من [ذلك] القطع، فكذلك؛ لأن القاضي لما قضىٰ بلحاقه، فقد جعله ميتًا في ردته.

وأما الفصل الثالث: وهو ما إذا أسلم قبل اللحاق، ثم مات من القطع، كان على القاطع نصف الدية في قول محمد وزفر؛ لأن السراية هدرت بإعراض الردة، فلا تعود معتبرة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الجناية حصلت في محل معصوم، وتمت في محل معصوم، فيجب كمال الدية، كما لو لم يتخلل الكفر بينهما؛ وهذا لأن ما بعد القطع قبل الموت، ليس حال انعقاد السبب، ولا حال ثبوت الحكم، فلا يعتبر بقاء العِصْمة في هذه الحالة، كما لا يعتبر في باب الزكاة نقصان النصاب في خلال الحول.

مكاتب ارتد ولَحِقَ بدار الحرب واكتسب مالاً

[١٣٧/ب]

(مكاتب ارتد ولَحِقَ بدار الحرب، واكتسب مالاً، وأخذ مع المال، وأبىٰ أن يسلم، وقُتِلَ، فإنه يوفي مولاه مكاتبته، وما بقي فلورثته)، وهذا على قولهما ظاهر؛ لأن عندهما: أكساب الردة يكون ملكًا للمرتد، بمنزلة كسب الإسلام، وإنما يُشْكِل على قول أبي حنيفة؛ لأن كسب الرِّدَّة عنده لا يكون ملكًا للمرتد إذا كان حرًّا، وجعله ملكًا له إذا كان مكاتبًا.

ووجهه: أن المكاتب إنما اختص بأكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابة لا يبطل بالردة؛ لأنها لا يبطل بحقيقة الموت، فلا يبطل بشبهة الموت.

ارتد الزوجان معًا وأسلما معًا

(إذا ارتد الزوجان معًا، وأسلما معًا، فهما على نكاحهما، وإن ارتدا على التعاقب، أو ارتدا معًا، ثم أسلم أحدهما قبل الآخر، بطل النكاح)، وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: إذا ارتدا معًا، بطل نكاحهما أيضًا؛ لأن في ردتهما ردة أحدهما وزيادة.

ولنا: أن القياس ما قاله، إلَّا أنا تركنا القياس بالإجماع؛ لما روي: أن العرب في زمن أبي بكر رضي الله عنه ارتدوا، ثم أسلموا، ولم يفرق بينهم، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم، فكان إجماعًا[١].

---

(١) انظر: نصب الراية ٢١٣/٣؛ البحر الرائق لابن نجيم ٢٣٢/٣.

ولا يقال: لا حجة لكم فيه؛ لأن بعضهم قد ارتد على التعاقب، وذلك يوجب التفريق عند الكل؛ لأنا نقول: لما جهل التاريخ، جعل كأنه وجد معًا، ولا إجماع في ارتداد أحدهما قبل الآخر، [ولا في إسلام أحدهما قبل الآخر]، فبقي على أصل القياس، مع أن في ردة أحدهما زيادة معنىً مبطل: وهو اختلاف الدين، ثم الفرقة بسبب الردة تتعجَّل قبل الدُّخول أو بعده، ولا يكون طلاقًا.

وهاهنا مسألتان: الرِّدَّة، والإِبَاء عن الإسلام، أجمعوا: على أن شيئًا منهما لا يكون طلاقًا إذا كان من قِبَلِ المرأة، وأما إذا كان من قبل الزوج، قال أبو حنيفة: الفُرْقَة بسبب الردة لا يكون طلاقًا، وبسبب إبائه عن الإسلام يكون طلاقًا بائنًا.

وقال أبو يوسف: شيء من ذلك لا يكون طلاقًا.

وقال محمد: كل ذلك طلاق إذا كان من قبل الزوج؛ لأنها فرقة جاءت من قبل الزوج، فيكون طلاقًا، كالفرقة بسبب الجَبِّ والعُنَّة.

ولأبي يوسف: أنَّ هذه فرقة يشترك فيها الزوجان، فلا يكون طلاقًا، كالفرقة بملك أحدهما صاحبه؛ لأن الطلاق يختص بالرجال.

ولأبي حنيفة: أن الفرقة بسبب الردة، فرقة بطريق البناء في الوجهين، أحدهما: أن الردة تبطل العصمة، وملك النكاح لم يشرع غير معصوم، والثاني: أن النكاح شرع للبقاء بواسطة إبقاء النسل، أو بواسطة إقامة المصالح، والمرتد مستحق [القتل والإفناء]، فلا يشرع في حقه ما كان سببًا للبقاء؛ ولهذا قلنا: إنَّ الفرقة بالرِّدَّة لا تتوقف على القضاء، وما يكون بطريق [التنافي][1]، لا يكون طلاقًا؛ لأن ملك الطلاق مستفاد بالنكاح، والشيء لا يوجب ما ينافيه، وإنما لا تقع الفرقة إذا ارتدا معًا؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

---

(١) في أ (البناء)، والمثبت من ب، د.

بخلاف الفرقة بسبب الإباء عن الإسلام؛ لأنها ما تثبت بطريق [التنافي][1]؛ لأن الإباء عن الإسلام والإصرار على الكفر، لا يبطل العصمة، والمُصِرُّ على الكفر لا يقتل، إلَّا أنه لا يحل له وطؤها، [وإذا حَرُم الوَطْء][1]، فات الإمساك بالمعروف، فتعين التسريح بالإحسان، فإذا امتنع، ناب القاضي منابه، كما قلنا في الجب والعنة؛ ولهذا لا تقع الفرقة قبل القضاء.

فإن كان ذلك في دار الإسلام، إذا أسلم أحدهما، يعرض الإسلام على الآخر، فإن أبىٰ، فرق بينهما، وإن كان ذلك في دار الحرب، تتوقف الفرقة على مُضِيِّ ثلاث حيض، ثم لا بد من ثلاث حيض أخرىٰ؛ لانقضاء العدة.

حربي أسلم وله امرأة مجوسية في دار الحرب

حربي أسلم وله امرأة مجوسية في دار الحرب، أو أسلمت المرأة في دار الحرب، وزوجها كافر، فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض، فإذا حاضت ثلاث حيض، بانت منه؛ لأنه لا وجه لوقوع الفرقة بنفس الإسلام؛ لأن الإسلام عاصم غير مزيل، ولا وجه لتركهما على النكاح؛ لأنه لا يحل للمسلم وطء المجوسية، وكذا المسلمة لا تحل لها تمكين الكافر، وعرض الإسلام في دار الحرب ممتنع؛ لانعدام الولاية، فلا بُدَّ من إقامة شيء تضاف الفرقة إليه، فوجدنا ذلك ثلاث حيض؛ لأن مضي ثلاث حيض شرط لوقوع الفرقة، وعند عدم العلة جاز أن يقام الشرط مقام العلة، كحفر البئر. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في أ (وإذا فات الوطء وحرم)، والمثبت من ب، د.

بَابٌ
فِي الأَرْضِ الَّتِي يُسْلِمُ عَلَيْهَا أَهْلُهَا، أَوْ تُفْتَحُ عَنْوَةً

جيش ظهروا عل مدينة من الروم

(جيش ظهروا على مدينة من الروم، فإن شاء الإمام جعلهم ذمة، ووضع عليهم وعلى أراضيهم الخراج، أي: الجزية، وإن شاء: خمسهم، وقسم ما بقي بين الذين أصابوه).

[١٣٨/أ] وأصل هذا: أن الإمام فيما يفتح عنوة من بلاد العجم، فهو مخير: إن شاء قتل المقاتلة وسبىٰ النساء والذرية، وقسم الأموال كما فعل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بأهل خيبر[١]، وإن شاء منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم، وسائر أموالهم، ووضع الجزية عليهم، والخراج على أراضيهم، كما فعل عمر رضي الله عنه بِسَوَادِ العِرَاقِ[٢].

وإن منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم، وقسم سائر الأموال، جاز ذلك ويكره، إلَّا أنْ يدع لهم من الأموال ما يتوصَّلون به إلى العمل في الأراضي، فحينئذٍ لا يكره، عرف ذلك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

وإن منَّ عليهم برقابهم وأموالهم دون الأراضي، لا يجوز؛ لأن في المَنِّ إبطال حق الغانمين، فلا يجوز إلَّا فيما ورد به الشرع، وإنما ورد الشرع فيما

(١) كما روىٰ القاسم بن سلام في الأموال ١/١٢٧، ١٨٢؛ وخليفة في تاريخه ١/٨٣؛ وابن شيبة في أخبار المدينة ١/١٢١؛ وابن كثير في فصول من السيرة ١/١٦٩.

(٢) انظر: نصب الراية ٣/٣٩٨؛ زاد المعاد ٣/٣٥٢.

إذا منّ عليهم بالأراضي، ووضع عليهم الخراج، وجعلهم بمنزلة الأَكَرَةِ، وفي ذلك اتصال منفعة الأراضي إلى الغانمين على التأبيد، بخلاف العروض.

ثم الحال لا يخلو: إما أن كان بالغانمين غناء، فالأولىٰ أن يضع الخراج، ولا يقسم، وإن كان بالغانمين حاجة، فالأولىٰ أن يقسم، فإن أخذ البعض وترك البعض، وقسم، جاز؛ لأنه لو أخذ الكل يجوز، ولو ترك الكل يجوز، فكذلك البعض.

كل أرض فتحت عنوة تكون أرض خراج

(**وكل أرض فتحت عنوة تكون أرض خراج**)؛ استدلالاً بسواد العراق، (**وهذا إذا وصل إليها ماء الأنهار**)، وإن استخرج عين وسقيت الأراضي بماء العين، كانت أرض عشر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**ما سقته السماء، ففيه العشر، وما سقي بقرب، أو دالية، أو سانية، ففيه نصف العشر**»[1]، وماء العين بمنزلة ماء السماء.

وكل بلدة أسلم عليها أهلها، فهي أرض عُشر

(**وكل بلدة أسلم عليها أهلها، فهي أرض عُشر إذا كان تسقىٰ بماء السماء**)، فإن كانت تسقىٰ بماء الأنهار التي هي تحت ولاية السلطان، كانت أرض خراج، وقد مرَّ هذا في كتاب الزكاة.

من أحْيَا أرضًا ميتة بغير إذن الإمام

(**ومن أحْيَا أرضًا ميتة بغير إذن الإمام، لا يكون له إلَّا أنْ يجعلها الإمام له، وقال أبو يوسف ومحمد: هي له وإنْ لم يجعلها الإمام له**)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من أحيا أرضًا ميتة، فهي له**»[2]؛ ولأن هذا مال مباح سبقت يده إليه، فيكون له بمنزلة الحطب والحشيش.

---

(١) أخرجه مسلم (٩٨١)؛ وبلفظ آخر أخرجه البخاري (١٤٨٣)، وسائر أصحاب السُّنن.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٧٨)، وقال: «حديث حسن غريب، ورواه بعضهم مرسلاً»، ومن رواية جابر أيضًا (١٣٧٩)، وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وعنه ابن حبان في صحيحه ٦١٦/١١؛ والطبراني في الكبير ١٤/١٧. انظر: نصب الراية ١٧٠/٤ وما بعدها.

ولأبي حنيفة: قوله عليه الصلاة والسلام: «**ليس للمرء إلَّا ما طابت به نفس إمامه**»(١)؛ ولأن الأراضي كانت في أيدي الكفرة، ثم صارت في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب، فلا يختص به البعض إلَّا بجعل الإمام كسائر الغنائم، والحديث محتمل: يحتمل أنه أراد بذلك: نصب الشرع، ويحتمل أنه كان ذلك على وجه الإذن، فلا يصلح حجة.

وقول محمد رحمه الله في «الكتاب»: إلَّا أنْ يجعلها الإمام له، أراد به: أنه إذا ملكها الإمام بعد الإحياء، تصير ملكًا له، فالأولىٰ للإمام أن يجعلها له ولا يستردها منه؛ لأنه تعنَّىٰ في إحيائها، وهذا إذا ترك الاستئذان جهلاً، فأما إذا فعل ذلك تَهَاوُنًا بالإمام، كان للإمام أن يستردها منه زجرًا، فإذا تركها عليه، يتركها بعُشْرٍ أو خَرَاجٍ، إلَّا أن يكون الرجل من أهل العطاء، فيجعلها له عطيّة. والله تعالىٰ أعلم.

❊❊❊

(١) «رواه الطبراني وفيه ضعف من حديث معاذ»، كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٠؛ وأورده عَلِيٌّ القاري في مرقاة المفاتيح ٦٠/١٦٧.

بَابُ اسْتِيْلَاءِ الكُفَّارِ

عبد أسره العدو فاشتراه رجل وأخرجه

(عبدٌ أسره العدو، فاشتراه رجل وأخرجه، فَفُقِئَتْ عَيْنُه وأخذ أرشها، فإن المولىٰ يأخذه بالثمن الذي أخذه من العدو)، وأما حق الأخذ بالثمن؛ فلما روي: أن رجلاً أخذ المشركون له بعيرًا، فاشتراه رجل منهم، فجاء صاحبه إلى النبي عليه الصلاة والسلام، فقال له النبي صلىٰ الله عليه وسلم: «إن شئت أخذته بالثمن، وإلَّا فلا سبيل لك عليه»[1].

ويكون الأرش للمشتري، ولا يسقط شيء من الثمن بمقابلة الأرش؛ لأن الثمن مقابل بالذات، لا بالأوصاف؛ ولهذا لو اشترىٰ عبدًا، فذهبت عينه قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن، ولا يأخذ الأرش؛ لأنه لو أخذه، أخذه بمثله من الدراهم، فلا يفيد، وعن محمد: أنه تسقط حصة الأرش من الثمن.

عبد أبق إلى دار الحرب، وذهب معه فرس ومتاع

(عبد أبق إلى دار الحرب، وذهب معه فرس ومتاع، فأخذ المشركون ذلك [كله]، فاشترىٰ رجل ذلك كله وأخرجه، فإن المولىٰ يأخذ البعد بغير شيء، والفرس والمتاع بالثمن، وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ العبد وما

(١) الحديث في لفظه وسببه اختلاف، فانظر: مجمع الزوائد للهيثمي ١٥١/٤؛ وعمدة القارئ للعيني ١٦٨/١٣؛ المبسوط للسرخسي ١٤/١٠.

معه بالثمن إن شاء)؛ وهذا بناءً على أن الآبق إلى دار الحرب، لا يملكه الكفار بالاستيلاء في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما: يملكونه كما يملكون الفَرَسَ والمتاع الذي يكون في يده، والمتردد في دار الإسلام بالاستيلاء، **(وكذا البعير إذا نَدَّ إلى دار الحرب، فأخذه المشركون، ملكوه في قولهم)**، والمسألة معروفة. [١٣٨/ب]

وكُلُّ ما ملكه الكافر، فإن المالك القديم يأخذه من المشتري بالثمن الذي قام عليه، ولا يأخذه مجانًا.

عبد أسره الكفار فاشتراه رجل منهم بألف درهم وأخرجه إلى دار الإسلام

(عبد أسره الكفار، فاشتراه رجل منهم بألف درهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فأسره العدو ثانيًا، وأدخله دار الحرب، فاشتراه رجل آخر بألف درهم، ليس للمولىٰ [الأوَّل] أنْ يأخذه من الثاني، وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن).

ولو قضىٰ القاضي للقديم بحق الأخذ بالثمن من الثاني، قال في «سير الجامع»: أخطأ، ويُرد قضاؤه؛ لأن حق الأخذ إنما يكون لمن [وقع] الأسر على ملكه؛ ليعيده إلى قديم ملكه، والأسر الثاني ما ورد على [ملك المولىٰ]، وإنما ورد على ملك المشتري الأول، فإذا أخذه المشتري الأول من الثاني، أخذه المالك منه بألفي درهم إن شاء؛ لأنه قام على المشتري الأول بألفي درهم: ألف في المرة الأولىٰ، وألف في المرة الثانية، فيأخذه بما قام عليه.

حربي دخل دارنا بأمان فاشترى عبدًا مسلمًا وأدخله دار الحرب

(حربي دخل دارنا بأمان، فاشترىٰ عبدًا مسلمًا، وأدخله دار الحرب، عتق، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق)؛ لأن الملك قد ثبت، فلا يزول إلَّا بإزالته، كما لو اشترىٰ عبدًا كافرًا.

ولأبي حنيفة: أنه ملكه ملكًا تستحق إزالته، حتى يجبر على البيع، ومتىٰ أدخله دار الحرب، فقد تعذرت الإزالة بطرق الجبر على البيع؛ لانقطاع الولاية، فتعين العتق مخلصًا بإقامة شرط الزوال مقام الإزالة، والعود إلى دار الحرب شرط زوال عصمة مال المستأمن، فجاز أن يجعل عِلَّة الزَّوال عند عدم العِلَّة، كما قلنا في حفر البئر وغيرها من المسائل.

وكذا إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب، فباعه مولاه من مسلم، أو وهبه من مسلم، عند أبي حنيفة: يعتق، وعندهما: لا يعتق.

عبد لحربي أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلينا

(**عبد لحربي أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلينا، عتق**)، وكذا إذا أسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار، أما الأول؛ فلما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال في عبيد طائف: «**هم عتقاء الله**»[1]، وأما الثاني؛ فلأنه استولىٰ على نفسه بمنعة من المسلمين، وظهرت يده على نفسه قبل ثبوت يد الغانمين عليه، فاعتبرنا يده؛ لأن يده أسبق؛ أو لأن حاجته إلى الدفع وحاجة الغانمين إلى الإثبات، والدفع أولىٰ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٠٠)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٩/٢٢٩؛ والحاكم في المستدرك وصحَّحه ٢/١٣٦؛ والطبراني في الأوسط ٤/٣١٦؛ وأبو يوسف في الرد على سير الأوزاعي ١/١٠٢.

بَابُ
المُسْتَأمَنِ

مسلم دخل دار الحرب بأمان، فأدان حربيًّا

(مسلم دخل دار الحرب بأمان، فأدان حربيًّا، أو أدانه حربي، ثم خرج الحربي إلينا مستأمنًا، لم يقض لواحد منهما على صاحبه)؛ لأنَّه لا ولاية لنا على المستأمن إلَّا بقدر ما التزم، وهو ما التزم أحكامنا من كل وجه، وإنما التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا؛ لقضاء الحاجة في المستقبل، وكما لا يقضىٰ على الحربي، لا يقضىٰ على المسلم، تحقيقًا للتسوية، فالقضاء بأمر ماض يعرض له بأمر لم يلتزم، فلا يجوز؛ لأنا عهدنا أن لا نتعرض له إلَّا بقدر ما التزم بالأمان.

وإن خرج الحربي مسلمًا، قضىٰ بذلك؛ لأنه التزم أحكام الإسلام.

وإن غصب أحدهما من صاحبه شيئًا، ثم خرج إلينا مسلمًا، أو مستأمنًا، لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء؛ لأن مال كل واحد منهما كان مباحًا وقت الغصب في حقه، فملكه بالأخذ، إلَّا أن الغاصب في دار الحرب إن كان هو المسلم، يفتىٰ برد المغصوب على الغاصب، ولا يقضىٰ عليه؛ لأنه لما دخل دارهم بأمان، التزم أن لا يغدر بهم، وفي أخذ ما لهم على هذا الوجه غدر وجناية، فيؤمر بالرد ديانة.

لو كانا حربيين في دار الحرب فأدان أحدهما شيئًا

(ولو كانا حربيين في دار الحرب، فأدان أحدهما شيئًا، أو غصب أحدهما من الآخر، ثم خرجا مسلمين، أو مستأمنين، فهذا والفصل الأول سواء).

حربي أسلم في دار الحرب فقتله فيها مسلم

(**حربي أسلم في دار الحرب، فقتله فيها مسلم عمدًا أو خطأً، وله ورثة مسلمون في دار الحرب، فلا شيء عليه إلّا الكفارة في الخطأ**)، وقال الشافعي: يقتل إن كان عمدًا، وعليه الدية إن كان خطأً، والمسألة معروفة.

رجل قتل مسلمًا لا ولي له

(**رجل قتل مسلمًا لا ولي له، أو قتل حربيًا دخل دارنا بأمان وأسلم، فعليه الكفارة والدية في الخطأ**)؛ لأنه قتل نفسًا معصومًا، (**فتجب الدية، ويوضع في بيت المال**)؛ لانعدام الوارث.

(**وإن كان عمدًا، فإن شاء الإمام قتله**)؛ لأنه ولي من لا ولي له، (**وإن شاء أخذ الدية**)؛ لأن الحق للعامة، وفي أخذ الدية نظر للعامة، (**وليس له أن يعفو**)؛ لأنه إبطال محض، فلا يملكه الإمام؛ لأنه قام مقام العامة في الاستيفاء، لا في الإبطال.

وإن كان المقتول لقيطًا، كان للإمام أن يقتل قاتله في قول أبي حنيفة [١٣٩/أ] ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس له ذلك؛ لأن المولود في دار الإسلام لا يخلو عن الوارث، فلو أثبتنا الولاية للإمام، كان فيه احتمال الإثبات لغير صاحب الحق، والقصاص يمتنع بالشبهات.

ولهما: أن الحق إنما يثبت للولي بطريق القيام مقام الميت؛ نظرًا للميت، والمجهول الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع به الميت، فلا يصلح وليًا، فكان وجوده بمنزلة العدم.

مسلمان دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه

(**مسلمان دخلا دار الحرب بأمان، فقتل أحدهما صاحبه عمدًا أو خطأً، فعلى القاتل الدية في ماله، وعليه أيضًا الكفارة في الخطأ**)، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القصاص في العمد.

لهما: أنه قتل شخصًا معصومًا ليس من أهل دار الحرب، فيجب عليه ما يجب بقتله في دار الإسلام، ولأبي حنيفة: أنه مكثر سوادهم من وجه، ولو كان مكثرًا سوادهم من كل وجه بأن كان متوطنًا هناك، لا يكون معصومًا، فإذا كان مكثرًا سوادهم من وجه، تمكنت الشبهة في قيام العصمة، فلا يجب القصاص.

وتجب الدية في ماله، أما في العمد فظاهر؛ لأن العاقلة لا تعقل عمدًا، وأما في الخطأ؛ فلأن وجوب الدية على العاقلة كان باعتبار ترك الصيانة، أو النصرة، وشيء من ذلك لا يتحقق منهم في دار الحرب، فكانت الدية في ماله.

لو كانا أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه

(ولو كانا أسيرين في دار الحرب، فقتل أحدهما صاحبه عمدًا أو خطأً، لا شيء عليه إلَّا الكفارة في الخطأ في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجب الدية على كل حال).

لهما: أنه قتل مسلمًا بغير حق، وامتنع القصاص لمكان الشبهة، فتجب الدية، ولأبي حنيفة: أن الأسير مقهور في أيديهم، فكان تبعًا لهم، والأصل غير معصوم، فكذلك التبع، فصار هو والذي أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلينا سواء، بخلاف المستأمن؛ لأنه متمكن من الخروج إلى دار الإسلام، فلا يكون تبعًا لهم، فلا تبطل عصمته.

حربي دخل دارنا بأمان فأودع رجل مالاً ثم عاد إلى دار الحرب

(حربي دخل دارنا بأمان، فأودع رجل مالاً، أو أقرضه، ثم عاد إلى دار الحرب، وأخذ أسيرًا، أو ظهر على الدار، فقتل، فالوديعة فيء، والقرض باطل)، أما الوديعة؛ لأنها في يد المالك حكمًا؛ لأن يد المودع يد المالك، فإذا وقع الاستيلاء عليه، وقع على ما في يده، فيصير فيئًا، كما لو كانت في

يده حقيقة، والقرض باطل؛ لأن القرض وصف في الذمة لا يتصور الاستيلاء عليه، إلَّا بالاستيلاء على المديون، وبدون الاستيلاء لا يصير فيئًا، وكما تعذر جعله فيئًا، تعذر إبقاؤه على ملكه، أما إذا أسر، فلوجود المنافي للملك، وهو صيرورته مملوكًا معنًى، وكذا إذا ظهر لوجود الأسر معنًى.

وعن أبي يوسف: أن الودائع تصير للمودع؛ لأن يده أسبق من يد غيره، هذا إذا أُسِرَ، أو ظهر على الدار وقتل.

(**فإن قتل ولم يظهر على الدار، فالوديعة والقرض لورثته**)؛ لأنه إذا لم يؤسر، لم يوجد ما ينافي ملكه، وإذا بقي على ملكه، يكون لورثته.

حربي دخل دارنا بأمان وله امرأة وأولاد في دار الحرب، وأسلم

(**حربي دخل دارنا بأمان، وله امرأة في دار الحرب، وأولاد صغار وكبار، وأموال أودع بعضه حربيًا، وبعضه مسلمًا، وبعضه ذميًّا، فأسلم هاهنا، ثم ظهر على الدار، فذلك كله فيء**).

أما المرأة والأولاد الكبار؛ فلأنهم كفار من أهل الحرب، وكذلك الأولاد الصغار؛ لأن الولد إنما يصير مسلمًا بإسلام الوالد تبعًا إذا كان في ولايته؛ ليكون ولده في حكم نفسه، والولاية قد انقطعت بتباين الدارين، فلا يكون الولد مسلمًا تبعًا له.

والأموال فيء؛ لأنها لم تكن معصومة، فلو صارت معصومة، إنما تصير معصومة تبعًا له، وتباين الدارين يقطع التبعية؛ لأنها تقطع الولاية.

ولا يقال: بأن يد المودع يد المالك، ولو كانت في يده حقيقة، تصير معصومة، فكذلك إذا كانت في يد مودعه؛ لأنا نقول: يد المودع يد المالك من وجه دون وجه، والعصمة ما كانت ثابتة، فلا تصير معصومة بالشك، هذا إذا أسلم في دار الإسلام.

أسلم في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام ثم ظهر على الدار

(**فإن أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلى دار الإسلام، ثم ظهر على الدار، فالأولاد الصغار أحرار مسلمون**)؛ لأنه أسلم وليس بينه وبين أولاده تباين الدارين، فصاروا مسلمين تبعًا له، والمسلم لا يملك بالاستيلاء، وأولاده الكبار والمرأة فيء؛ لأنهم كفار من أهل الحرب.

فإن كانت المرأة حاملاً، فولدت ولدًا، كان الولد مسلمًا تبعًا للأب؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينًا، ويكون فيئًا تبعًا للأم؛ لأن الولد يتبع الأم في الرِّقِّ والحُرِّيَّة.

وأما الأموال، فما كان في يد مودعه المسلم والذمي، يكون له؛ لأنه أسلم وهم في دار واحدة، فإذا كانت يد المودع معصومة، أمكن جعلها يد المالك، [١٣٩/ب] ولو كانت في يده حقيقة، تصير معصومة، فكذا إذا كانت في يده حكمًا.

ما كان في يد مودعه الحربي

(**وما كان في يد مودعه الحربي، فهو فيء**)؛ لأن يد المالك معصومة؛ لأنه مسلم، ويد المودع الحربي ليست بمعصومة، فلا يمكن أن يجعل يد المودع كيد المالك؛ ولأن يد المودع يد نفسه حقيقة، ويد المالك حكمًا، فاعتبار الحكم إن أوجب العصمة، فاعتبار الحقيقة تمنع العصمة، والعصمة لم تكن ثابتة، فلا تثبت بالشك.

(**وعبيده وعقاره فيء**)؛ لأنه تبع للدار، وكذا الأموال التي ليست في يد أحد، فيء؛ لأنها تبع للدار.

أسلم في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهر على الدار

(**وإن أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلى دارنا، حتى ظهر على الدار، فما كان في يده، فهو له**)؛ لأن يده سبقت يد الغانمين، وكذا ما كان في يد مودعه المسلم والذمي؛ لأن يدهما معصومة، فيجعل يدهما كيده، (**وما ليس في يده، فهو فيء**)؛ لأنه تبع للدار.

أولاد الذي أسلم في دار الحرب ولم يخرج وعبيده وعقاره

(**وأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعًا له، والمرأة والأولاد الكبار فيء**)؛ لأنهم كفار من أهل الحرب، (**وما كان في بطن الأم فهو مسلم تبعًا له، ويكون فيئًا**) تبعًا للأم، وقال الشافعي: يكون حرًّا؛ لأنه مسلم، فلا يضرب عليه الرق.

وأما عبيده، فمن لم يقاتل معنا، لا يكون فيئًا؛ لأنهم أتباعه، (**ومن قاتل معنا يكون فيئًا**)؛ لأنه إذا كان لا ينقاد له، لا يكون تبعًا له.

وعقاره فيء، وقال الشافعي: لا يكون فيئًا[1]؛ لأنها مال المسلم [وهو] في يده، فأشبه المنقول.

ولنا: أنها من جملة دار الحرب، فيكون تبعًا لها، والتبع لا يفارق الأصل.

وما كان في يد الغاصب، يُنْظَر: إن كان الغاصب حربيًّا، فيكون فيئًا في قولهم، وإن كان الغاصب مسلمًا أو ذميًا، فهو في قول أبي حنيفة، وقالا: لا يكون فيئًا؛ لأنه مال المسلم في يد المسلم والذمي، فلا يكون فيئًا، كما لو كان وديعة عندهما، ولأبي حنيفة: أن يد الغاصب يد مانعة متعدية، فلا تكون يد المالك، فصارت كأنها ليست في يد أحد.

رجل قتل رجلاً وهما من أهل البغي ثم ظهر عليهم

(**رجل قتل رجلاً، وهما من عسكر أهل البغي، ثم ظهر عليهم، فليس عليه شيء**)؛ لأنه لا ولاية للإمام عليهم في عسكرهم، فنزل عسكر أهل البغي منزلة دار الحرب، ولو ارتكب مسلم كبيرة في دارا لحرب، لا يقام عليه الحد، فكذا هنا.

---

(١) انظر: الأم ١٦٠/٦ (دار الشعب).

(ولو غلبوا على مصر، فقتل رجل من أهل المصر عمدًا رجلاً من أهل المصر، ثم ظهر على المصر، فإنه يقتص منه)، قالوا: هذا إذا غلبوا على مصر، ولم يجر فيها حكمهم، حتى أزعجهم[1] إمام العدل؛ لأن ولاية الإمام باقية، وإن ظهرت قدرتهم، وأجروا أحكامهم، لا يجب القصاص، كما في العسكر.

رجل من أهل العدل قتل باغيًا

(رجل من أهل العدل قتل باغيًا، فإنه يرثه؛ لأنه قتله بحق، فلا يحرم عن الميراث، والباغي إذا قتل العادل، إن قال: كنت على الحق، وأنا الآن على الحق، ورثه، وإن قال: قتلته وأنا أعلم أني على الباطل، لم يرثه، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: لا يرثه في الوجهين [جميعًا]).

أجمع أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: أن العادل إذا أتلف مال الباغي، لا يضمن، والباغي إذا أتلف مال العادل، فكذلك لا يضمن، وقال الشافعي: يضمن الباغي[2]؛ لأنه جاني، فيضمن كما لو لم يكن له منعة.

ولنا: ما روي عن الزهري أنه قال: وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم متوافرون، فاتفقوا: على أن كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ـ أي: لا يوجب ضمانًا ـ، وكل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، ولأهل البغي تأويل؛ لأنهم يستحلون دماء أهل العدل بتأويل: أن مباشرة الذنب كفر، وقد صارت لهم منعة دافعة، فلا يضمنون.

ثم قال أبو يوسف: تأويله معتبر في حق الدفع، لا في حق استحقاق الميراث.

---

(١) في ب (أزاحهم).

(٢) انظر: المهذب ٥/١٩٩؛ الروضة ١٠/٥٥.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن تأويله معتبر لدفع الحرمان الذي ثبت جزاءً على الفعل، ثم استحقاق الميراث يكون بالقرابة، لكن إنما يرث إذا كان مصرًا على تأويله الفاسد، أما إذا قال: كنت على الباطل حين قتلت، وأنا أعلم بذلك، لا يرث؛ لأنه لا تأويل له.

كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة

(ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة، وفي عساكرهم؛ لأن فيه إعانة على العدوان، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِۚ﴾ [المائدة: ٢]، (ولا بأس ببيعه بالكوفة ممن لم يعرفه من أهل الفتنة)؛ لأن الظاهر من حال المسلم الصلاح والاستقامة.

ولا يكره بيع ما لا يكون سلاحًا بنفسه، كالحديد؛ لأنه إنما يصير سلاحًا بفعل غيره، فلا ينسب إليه.

المسلم يبتدئ بقتل أبيه من المشركين

(وليس للرجل أن يبتدئ أباه من المشركين فيقتله)؛ لأنه مأمور بالإحسان في حقه، قال الله تعالىٰ: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [النساء: ٣٦]؛ ولأنه يجب عليه إحياؤه بالنفقة، فلا يباح له قتله، بخلاف غير الوالدين، فإنه لا يجب عليه نفقتهم إذا كانوا كفَّارًا، فجاز له أن يقتلهم.

ثم قال في «الكتاب»: وإذا أرادك، فامْتَنِع عليه حتى يقتله غيرك؛ احترازًا [١٤٠/أ] عن المأثم، وإن أشار إلى غيره فقتله، جاز؛ لأن ذلك الغير قتله باختياره، فلا يضاف إليه.

السفر بالقرآن في دار الحرب

(ولا بأس بأن يسافر بالقرآن في أرض دار الحرب)؛ لأنه يحتاج إلى قراءة القرآن، قالوا: هذا إذا كان جيش المسلمين عظيمًا، فأما إذا كان قليلاً، يكره.

ومن الناس من قال: يكره على كل حال؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو**»، ونحن نقول: ذلك محمول على ما إذا كان الجيش قليلاً.

بَابُ
الإِسْهَامِ لِلخَيْلِ

دخل دار الحرب فارسًا، فنفق فرسه وقاتل راجلاً

(رجل دخل دار الحرب فارسًا، فنفق فرسه، وقاتل راجلاً، أعطي له سهم الفرسان، وإن دخل راجلاً، ثم اشترىٰ فرسًا وقاتل فارسًا، كان له سهم الراجل)، وعند الشافعي: الجواب على العكس في المسألتين[1].

فالحاصل: أن عندنا: العبرة لمجاوزة الدرب، وعنده لشهود الوقعة، والمسألة معروفة.

وأجمعوا: على أنه لو جاوز الدرب فارسًا، ثم باع[2] الفرس، يعطىٰ له سهم الرجالة، وكذا لو جاوز الدرب فارسًا بفرس مستعار، ولو جاوز الدرب فارسًا، فوقع الحرب في المضايق، أو في السفن، فقاتل راجلاً، فإنه يستحق سهم الفرسان في قولهم.

ثم عند أبي حنيفة ومحمد: يسهم لفرس واحد، ولا يسهم لفرسين، وعند أبي يوسف: يسهم لفرسين، وهو نظير الخلاف في خادم المرأة، عندهما: لا تستحق نفقة خادمين، وعند أبي يوسف: تستحق.

---

(١) انظر: المهذب ٥/٢٩٤، ٢٩٥؛ الروضة ٦/٣٨٥.

(٢) في ب (مات).

رجل مات قبل الخروج إلى دار الإسلام

(**رجل مات قبل الخروج إلى دار الإسلام، لا شيء له من الغنيمة، وإن مات بعد إحراز الغنيمة إلى دار الإسلام، فله سهمه**)، وقال الشافعي: من مات بعد الفراغ من الحرب، واستقرار الهزيمة، كان له سهم.

وهي من فروع مسألة قسمة الغنائم في دار الحرب: (**رجل مات في نصف السنة، لا شيء له من العطايا**)؛ لأنه صِلَة، فلا يملك قبل القبض، كالمرأة إذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج، تسقط، ولا تورث، والعطاء ما يكتب للغزاة في الديوان، ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضي، والمفتي، والمدرس.

وفي الابتداء، كان يعطىٰ لكل من كان له ضرب مَزِيَّةٍ في الإسلام، كأزواج النبي عليه الصلاة والسلام، ورضي الله عنهن، وأولاد المهاجرين والأنصار، وكذا لو مات في آخر السنة، لا يورث العطايا؛ لِمَا قلنا.

وإنما وضع المسألة في النصف؛ لأنه لو مات في آخر السنة، يستحب صرف ذلك إلى ورثته؛ لأنه قد أوفىٰ غناه، فيستحب الصرف؛ ليكون أقرب إلى الوفاة.

الجُعل للغزاة

(**ويكره الجُعل مادام للمسلمين فيئ، وإن لم يكن فلا بأس، بأن يقوي بعضهم بعضًا**).

أراد بالجعل: ما يضرب الإمام للغزاة على الناس، فنقول: الأولىٰ أن ينفق الغازي من مال نفسه؛ ليكون مجاهدًا بنفسه وماله، فيكون أوفر أجرًا، فإن لم يكن له مال، ينفق عليه من بيت المال؛ لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين، وهذا من جملة مصالح المسلمين، ولا يضرب على الناس؛ لأن ذلك كشبهة الأجرة، وحقيقة الأجرة حرام، فما يشبه الأجرة يكون مكروهًا.

فإن لم يكن في بيت المال [مال]، فلا بأس أن يقوي بعضهم بعضًا.

أراد بذلك: أن ينفق البعض على البعض، ويتعاون بعضهم بعضًا؛ لما روي: أن عمر رضي الله عنه كان يغري العزب عن ذي الحليلة، ورسول الله أخذ دروع صفوان من غير رضاه عند الحاجة؛ فلأن يجوز ذلك برضاه، كان أولىٰ، أما عند عدم الحاجة، يكره؛ لِمَا قلنا. [والله تعالىٰ أعلم].

***

بَابُ
الحَرْبِيّ يَدْخُلُ دَارَنَا بِأَمَانٍ، وَيَصِيْرُ ذِمّيًا

حربي دخل دارنا بأمان فطلب الإمامُ الخروج أو يكون ذِميًا

(حربي دخل دارنا بأمان، فتقدم إليه الإمام في أن يخرج أو يكون ذميًا، فمكث بعد ذلك سَنَةً، كان ذميًا، وعليه الخراج).

الأصل فيه: أنه لا يمكن الحربي من أن يطيل المكث في دارنا؛ لأنه يصير عونًا للكفرة علينا، وإنما يمكن بقدر ما يقضي حوائجه، ثم يعود.

فإذا دخل دارنا بأمان، ينبغي للإمام أن يتقدم إليه في أول ما دخل، ويضرب له مُدَّة على قدر ما يرىٰ، ويقول: إن جاوزت المدة، جعلتك ذميًا، فإذا جاوز المدة، يصير ذميًا؛ لأنه رضي بذلك.

فإذا مضت سَنَة بعد مضي المدة المضروبة، كان عليه الخراج؛ لأنه إنَّما صار ذميًا لمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعدما صار ذميًا، إلَّا أن يكون شرط عليه: أنه إذا جاوز السنة، يأخذ منه الخراج، فحينئذٍ يأخذ منه.

حربي دخل دارنا بأمان فاشترى أرض خراج

(حربي دخل دارنا بأمان، فاشترىٰ أرض خراج، فوضع عليه الخراج، يصير ذميًا)؛ لأنه لما وضع عليه الخراج، فقد جرىٰ عليه حكم من أحكام الإسلام، أو من أحكام أهل الذمة، والذمي من يجري عليه أحكام أهل الذمة، [١٤٠/ب] ومن المشايخ من قال: يصير ذميًا بنفس الشراء؛ لأنَّه لما اشترىٰ أرض خراج، وحكم الشرع فيها وجوب الخراج، صار ملتزمًا حكمًا من أحكام الإسلام.

وإن استأجر أرض خراج، لا يصير ذميًّا؛ لأن الخراج لا يجب على المستأجر، حتى لو استأجر أرضًا خراجها خراج المقاسمة، فزرع ببذره وقضي عليه بالخراج، يصير ذميًّا.

وإن اشترىٰ أرضًا عشرية، عند أبي حنيفة: تصير خراجية، فإذا وجب فيه الخراج، يصير ذميًّا.

حربية دخلت دارنا بأمان، فتزوجها مسلم

(**حربية دخلت دارنا بأمان، فتزوجها مسلم، أو ذمي، فإن كانت كتابية، تصير ذمِّيَّة**)؛ لأنها تبع للزوج في المقام، فلا يمكنها العود إلى دار الحرب، فتصير ذميّة؛ لأن الذمي: هو الكافر المستوطن في دار الإسلام، وقال الشافعي: لا تصير ذميّة؛ لأن النكاح عقد معاوضة، كسائر العقود، فلا يجعلها ذميّة، والصحيح: ما قلنا.

لو دخل حربي دارنا بأمان، فتزوج ذميّة

(**ولو دخل حربي دارنا بأمان، فتزوج ذميّة، لا يصير ذميًّا**)؛ لأن الزوج لا يتبع المرأة في المقام، فلم يكن ملتزمًا المقام هاهنا، وإن كان لا يمكن من نقل المرأة إلى دار الحرب.

(ولا يقال: قد نقل عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه قال: «**من تَأَهَّلَ في بلدة، فهو منها**»[1]، إذ ذاك غير ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام، بل هذا مما تلفظه العامة، وليس يثبت.

---

(١) «رواه ابن أبي شيبة في مسنده، وأورد حديث صلاة عثمان بمنىٰ، ورواه أحمد في مسنده ولفظه: «من تأهَّل في بلد، فليصل صلاة مقيم»، وذكره البيهقي في المعرفة ولم يصل سنده، ثم قال: هذا حديث منقطع، وعكرمة الأزدي ضعيف»، كما في نصب الراية ٣/ ٢٧١.

الفهرس التفصيلي للموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة